1099

Shunits III

1099

LUIGI VON KUNITS,
425 Atwood Street
PITTSBURGH, PA.

LUIGI VON KUNITS,
425 Atwood Street,
PITTSBURGH, PA.

Lehrbuch

des

Pandektenrechts

von

Dr. Bernhard Windscheid

Professor an der Universität Leipzig.

LUIGI VON KUNITS,
4[illegible] Atwood Street
PITTSBURGH, PA.

Erster Band.

Sechste verbesserte und vermehrte Auflage.

Frankfurt a. M.
Literarische Anstalt
Rütten & Loening.
1887.

THE INSTITUTE OF MEDIAEVAL STUDIES
ST. MICHAEL'S
COLLEGE
LIBRARY
DEC 1 1942
12126

Alle Rechte vorbehalten.

Dr. Eduard Pape

dem hochverdienten

Präsidenten des früheren Reichsoberhandelsgerichts,
jetzigen Vorsitzenden der Commission für Ausarbeitung des Entwurfs eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs

in inniger Verehrung

zugeeignet.

Digitized by the Internet Archive
in 2011 with funding from
University of Toronto

http://www.archive.org/details/lehrbuchdespande01wind

Vorrede zur ersten Auflage.

Den ersten Anstoß zur Ausarbeitung des Lehrbuchs, von welchem hier der erste Band erscheint, hat das Bedürfniß meiner Vorlesungen gegeben. Unter der Arbeit aber hat sich mir der Plan erweitert. Mein Ausgangspunkt zwar ist überall die Einführung und Anleitung des Lernenden, des mit dem Stoffe noch nicht Vertrauten, geblieben, und ich habe zur Erreichung dieses Zweckes selbst Umständlichkeit und Breite weniger gescheut, als schwer verständliche Kürze. Zugleich aber habe ich es versucht, demjenigen, welcher zu praktischen oder theoretischen Zwecken eingehendere Untersuchungen zu machen veranlaßt ist, das Material mit einer gewissen Vollständigkeit zu überliefern, bald in ausgeführterer Darstellung, bald nur in Fingerzeigen. So mag dieses Buch vielleicht hoffen dürfen, auch neben den jetzt gewöhnlich gebrauchten trefflichen Lehrbüchern von Puchta und Arndts sich hier und da einen Freund zu erwerben.

Man hat sich in der neueren Zeit mit Lebhaftigkeit dagegen erklärt, daß ein Pandektenlehrbuch es unternehme, der doppelten Aufgabe gerecht zu werden, welche im Vorstehenden bezeichnet ist. Ich habe mich nicht davon überzeugen können, daß die Lösung der einen durch die Verfolgung der anderen beeinträchtigt werde; freilich muß ich gewärtig sein, daß der Erfolg mich des Irrthums überführe.

Durch den zweiten der bezeichneten Gesichtspunkte war auch die Ausführlichkeit geboten, mit welcher hier auf die Literatur Rücksicht genommen ist. Doch machte die Massenhaftigkeit derselben eine Beschränkung unumgänglich nöthig. Demzufolge habe

ich die ältere Literatur principiell ausgeschlossen; ich meine näher die Literatur vor Glück, über welche sich in dem Buche von Glück selbst Nachweisungen finden, die jedenfalls für den ersten Anlauf genügen. Auch die spätere Literatur ist nicht mit unbedingter Vollständigkeit citirt, was gleichfalls unausführbar gewesen wäre; doch war mein Bestreben darauf gerichtet, einmal nichts Wesentliches zu übergehen, und sodann, in dem Genannten die Mittel zur Auffindung des nicht Genannten zu gewähren.

Selbständigkeit der Arbeit wird man hoffentlich nirgends vermissen. Von der anderen Seite habe ich das eitele Streben fern von mir zu halten gesucht, Alles anders sagen zu wollen, als meine Vorgänger es gesagt haben. Die Pflicht des Verfassers eines Lehrbuches ist, das Ueberlieferte zu prüfen, aber eben so sehr, das nach seiner Ueberzeugung Gute festzuhalten.

Im Uebrigen habe ich mich bemüht, möglichst deutsch zu reden, im Ausdruck wie in der Sache. Was den Ausdruck angeht, so bin ich nicht der Ansicht derjenigen, welche in der Festhaltung der römischen Terminologie auch für das heutige Recht kein Uebel, oder wohl gar einen Vorzug sehen. Ich meine, daß zu einer wahrhaften Verdeutschung des römischen Rechts auch das gehöre, daß ihm, soweit dieß ohne pedantischen Purismus möglich ist, das deutsche Wort geliehen werde. Jedenfalls sollen unsere Gesetzbücher deutsch reden, und wir werden nie vergessen dürfen, daß auf die Abfassung derselben die Lehrbücher zu allen Zeiten einen nicht unbedeutenden, mittelbaren oder unmittelbaren, Einfluß ausüben werden. Auch was die Sache angeht, ist überall mein Bestreben darauf gerichtet gewesen, die Rechtssätze, welche ich vorgetragen habe, ihrer specifisch römischen Erscheinungsform zu entkleiden, und ihren auch für uns noch lebendigen Kern herauszukehren. Von der andern Seite werde ich keinen Tadel deßwegen zu befahren haben, daß ich die römischen Rechtssätze, auch wo sie uns fremd anmuthen, als geltende vorgetragen habe, wenn ich einen besonderen Grund ihrer Nichtgeltung nicht nachweisen konnte. So lange das römische Recht in Deutschland gesetzliche Geltung hat, muß meiner Ansicht nach an diesem Principe festgehalten werden, wenn nicht eine unerträgliche Verwirrung entstehen soll. Freilich ist nichts so sehr, als die Durcharbeitung des recipirten fremden Rechts im Ganzen, geeignet, den Wunsch

und die Sehnsucht zu erwecken und zu steigern, daß es uns endlich einmal beschieden sein möge, von so manchem innerlich abgestorbenen Rechtssatz in rascherer und sichererer Weise befreit zu werden, als dieß auf dem Wege eines Gewohnheitsrechts möglich ist, welches sich doch hauptsächlich auf die Wege der Praxis angewiesen sieht, dieser so viel genannten, und doch, wie oft! unauffindbaren Praxis!

Und so möge denn dieses Buch hinausgehen und versuchen, ob es etwas zu nützen im Stande ist. In Betreff des Zeitpunktes seiner Vollendung will ich lieber ein Versprechen nicht geben: nur das darf ich sagen, daß der Fortführung desselben alle Zeit und alle Kraft gewidmet sein werden, welche meine Vorlesungen mir übrig lassen.

Tegernsee, den 3. September 1862.

Aus der Vorrede zur vierten Auflage.

Mit den vorstehenden Worten ist der erste Band dieses Lehrbuchs im Jahre 1862 ausgegeben worden; der zweite Band folgte in den Jahren 1865 und 1866, der dritte 1870. Die zweite verbesserte Auflage erschien 1867, 1869, 1871. Die dritte Auflage, welche 1870 und 1871 erschienen ist, war ein Abdruck der zweiten mit hinzugefügten Literaturangaben. Von dieser dritten Auflage ist ein wörtlicher Abdruck in den Jahren 1872 und 1873 ausgegeben worden. Die gegenwärtige Auflage, von welcher hiermit der erste Band erscheint, ist wieder eine vermehrte und verbesserte, oder vorsichtiger ausgedrückt, eine Auflage, welche ich zu verbessern bestrebt gewesen bin. Die inzwischen erschienene Literatur ist überall sorgfältig berücksichtigt, so daß ich nun wieder, im Großen und Ganzen, die Garantie übernehmen kann, daß, wer dieses Lehrbuch gebraucht, mit dem neuesten Stande der Literatur bekannt ist . . .

Leipzig, am Weihnachtsabend 1874.

Vorrede zur sechsten Auflage.

Auch diese Auflage ist, wie die früheren Auflagen, welche seit der ersten erschienen sind, keine umgearbeitete, aber eine mit Rücksicht auf die inzwischen erschienene Literatur durchgearbeitete. Da die fünfte, im Jahr 1879 ausgegebene, Auflage in einer außergewöhnlich großen Anzahl von Exemplaren abgezogen war, ist die zu verarbeitende Literatur sehr umfangreich gewesen. In Folge davon hat es leider nicht vermieden werden können, daß die Bände dieser Auflage wieder stärker geworden sind. Ich glaube aber auch jetzt die Versicherung geben zu dürfen, daß, wer dieses Buch gebraucht, mit dem neuesten Stande der Wissenschaft des Pandektenrechts bekannt ist. Diese Versicherung erstreckt sich jedoch, wie ich ausdrücklich bemerke, nicht auf die ausländische Literatur. Aus derselben habe ich Manches benützt; aber Vollständigkeit ist weder erreicht, noch auch nur erstrebt worden. Ich bedauere das, namentlich was die höchst beachtenswerthe italienische Literatur angeht; aber Beschränkung war nothwendig, wenn dieses Buch nicht über alles Maß anschwellen sollte.

Der Druck dieser Auflage hat bereits im März 1885 begonnen. Daraus erklärt sich die Ungleichheit in der Benützung einzelner neu erschienenen Schriften und die große Anzahl von Nachträgen, welche sich auf S. 874 fg. finden.

Um die Revision des Drucks hat sich Herr Landgerichtsreferendar Selle in Leipzig verdient gemacht. Die Anfertigung eines erweiterten Sach- und eines Quellenregisters ist das Verdienst des Herrn Landgerichtsreferendar Dr. Junck in Leipzig. Ich sage diesen Herren auch öffentlich aufrichtigen und verbindlichen Dank.

Leipzig, Neujahr 1887.

Bernhard Windscheid.

Abkürzungen.

Die Lehr- und Handbücher von Seuffert, Puchta, Vangerow, Kierulff, Savigny, Sintenis, Arndts, Brinz, Keller, Böcking, Wächter, Dernburg, Unger (I S. 34—35) sind (regelmäßig) bloß mit dem Namen ihrer Verfasser citirt. Ebenso die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Gerber, Beseler, Stobbe und Roth.

Die Reichsgesetzbücher sind bezeichnet wie folgt:

HGB. Reichshandelsgesetzbuch.
WO. Reichswechselordnung.
CPrO. Reichscivilproceßordnung.
KO. Reichsconcursordnung.
StrGB. Reichsstrafgesetzbuch.
StrPO. Reichsstrafproceßordnung.

Die citirten Entscheidungen des Reichsgerichts (RG.) sind, wo nichts Anderes bemerkt ist, die Entscheidungen in Civilsachen.

Das Citat Mandry ohne Zusatz geht auf dessen Schrift: der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze (I S. 16), das Citat: Rechtslexicon ohne Zusatz auf das Rechtslexicon von Weiske. Das Citat: Zeitschrift der Savignystiftung bezeichnet, wo nichts Anderes bemerkt ist, den romanistischen Theil derselben.

Inhaltsverzeichniß zum ersten Band.

§ Einleitung. Seite

1—2. I. Begriff des Pandektenrechts 1
3—5. II. Quellen des Pandektenrechts 8
6. III. Bedeutung des Pandektenrechts 16
7—12a. IV. Literatur 20
13. V. Anordnung der Darstellung 38

Erstes Buch.

Von dem Rechte überhaupt.

Erstes Kapitel. Quellen des Rechts.

14. I. Gesetz 40
II. Gewohnheitsrecht
15. A. Begriff und Grund seiner Verbindlichkeit 43
16. B. Erfordernisse des Gewohnheitsrechts 46
17. C. Erkenntniß des Gewohnheitsrechts 50
18. D. Kraft des Gewohnheitsrechts 51
19. Autonomie. Observanz 53

Zweites Kapitel. Auslegung und wissenschaftliche Behandlung des Rechts.

I. Auslegung und wissenschaftliche Behandlung des Rechts überhaupt.
20. Begriff der Auslegung. Wissenschaftliche Auslegung und s. g. Legalinterpretation 55
21—22. Grammatische und logische Auslegung. (Gesetzes-) Analogie 56
23. Lücken und Widersprüche. (Rechts-) Analogie 64
24. Wissenschaftliche Behandlung des Rechts 65
25—26. II. Auslegung des Pandektenrechts insbesondere 67

Drittes Kapitel. Gegensätze im Recht.

27. Gebietende, verbietende, erlaubende Rechtssätze. Verneinende und declaratorische Rechtssätze 71
28. Strenges und billiges Recht 73
29. Regelgemäßes und regelwidriges Recht. Privilegium . . 75
30. Zwingendes und nachgiebiges Recht 77

§ Seite

Viertes Kapitel. Gebiet des Rechts.

31—33. I. Zeitliche Grenzen 77
34—35. II. Räumliche Grenzen 86
36. Wohnsitz 95

Zweites Buch.

Von den Rechten überhaupt.

Erstes Kapitel. Begriff und Arten der Rechte.

37. 37a. Begriff des Rechts 97
38—39. Dingliche und persönliche Rechte 101
40. Rechte an der eigenen Person 104
41. Absolute und relative Rechte 106
42. Vermögensrechte 107
43. Die Ansprüche 111
44. Die römische actio 112
45. Actio in rem und in personam 115
46. Actio stricti iudicii und actio bonae fidei, actio arbitraria 120
47—48. Die Einreden 124
48a. Rechte an Rechten 130

Zweites Kapitel. Das Rechtssubject.

I. Vom Rechtssubject im Allgemeinen.

49. Natürliche und juristische Person. Subjectlosigkeit des Rechts 132
50. Unbestimmtheit des Rechtssubjects 138
51. Mehrheit der Rechtssubjecte 139

II. Der Mensch als Rechtssubject.

52—53. A. Beginn und Ende der menschlichen Persönlichkeit . . 140
B. Rechtlich in Betracht kommende Verschiedenheiten der Menschen.
54. Geschlecht, Alter, Gesundheit 144
55. Religiöses Bekenntniß; Staatsangehörigkeit; Hausunterthänigkeit 146
56. Die bürgerliche Ehre 149
56a—56b. Verwandtschaft und Schwägerschaft 152

III. Die juristische Person.

57. A. Begriff und Arten 156
B. Rechtsverhältniß.
58. 1. Die juristische Person als Rechtssubject 161
59. 2. Handlungen der juristischen Person 165
60. C. Entstehung 169
61—62. D. Ende 173

§ Seite

Drittes Kapitel. Entstehung, Untergang, Veränderung der Rechte.

I. Allgemeines.

63. Die Begriffe 176
64. Veränderung der Rechte im Besonderen 176
65. Abschwächung der Rechte 179
66. Erwerb und Verlust der Rechte 181
67—68. Die juristischen Thatsachen 182

II. Die Rechtsgeschäfte.

A. Begriff und Arten 186

B. Erfordernisse ihrer Gültigkeit.

70. Einleitung 192
71. 1. Handlungsfähigkeit 193
72. 2. Form der Willenserklärung 198
73—74. 3. Willenserklärung durch Andere 201
75—77. 4. Wirklichkeit des erklärten Willens 218
5. Motive des Willens.
78—79a. Irrthum. Betrug 233
80. Zwang 240
81. 6. Inhalt des Rechtsgeschäfts 243

C. Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte.

82. 1. Begriff und Arten 245
83. 2. Heilung 254
83a. 3. Einfluß eidlicher Bestärkung auf die Ungültigkeit . 259

D. Wirkung der Rechtsgeschäfte.

84—85. 1. Im Allgemeinen 260
2. Selbstbeschränkungen der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte.
a. Bedingung.
86—87. α. Begriff und Arten 264
β. Wirkung.
88. aa. Im Allgemeinen 273
89. bb. Zustand während des Schwebens der Bedingung 274
cc. Zustand nach Erfüllung der Bedingung.
90. αα. Ueberhaupt 282
91. ββ. Hat die erfüllte Bedingung rückwirkende Kraft? 284
92. γγ. Wann ist die Bedingung als erfüllt anzusehen? 289
93—94. γ. Besonderes in Betreff besonderer Bedingungen 294
95. δ. Statthaftigkeit der Bedingungen 304
96—96a. b. Befristung 305
97—100. c. Voraussetzung 311

§		Seite
101.	III. Unerlaubtes Verhalten	322
	IV. Der Einfluß der Zeit auf die Entstehung, den Untergang und die Veränderung der Rechte.	
102.	A. Im Allgemeinen	327
103—104.	B. Bestimmung und Berechnung der Zeit	329
	C. Verjährung.	
105.	1. Im Allgemeinen	338
	2. Die Verjährung der Ansprüche.	
106.	Einleitung	342
	a. Erfordernisse.	
107.	α. Unbefriedigtheit des Anspruchs. Beginn der Anspruchsverjährung	344
108—109.	β. Nichtausübung des Anspruchs	350
110.	γ. Zeitablauf	356
111.	δ. Redlichkeit des Verjährenden	358
112.	b. Wirkung	359
113.	3. Die unvordenkliche Verjährung	364
	V. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.	
114.	A. Begriff und Wesen	368
	B. Voraussetzungen.	
115.	1. Eine benachtheiligende rechtliche Wirkung	371
	2. Ein rechtfertigender Grund.	
116.	a. Ueberhaupt	374
117.	b. Minderjährigkeit	376
118.	c. Zwang, Betrug, Irrthum	379
119.	d. Wiedereinsetzung gegen Versäumnisse	381
120.	C. Die Wiedereinsetzung selbst	384
	Viertes Kapitel. Ausübung, Verletzung, Schutz der Rechte.	
121.	I. Ausübung der Rechte	388
122.	II. Rechtsverletzung	392
123.	III. Verbot der Selbsthülfe	396
	IV. Einfluß des Processes auf die Gestaltung des materiellen Rechtsverhältnisses.	
124—126.	A. Der Beginn des Processes	400
	B. Das Urtheil.	
127.	Einleitung	411
128.	Voraussetzung der Verurtheilung	415
129—132.	Rechtskraft des Urtheils	418
134.	Anhang. Der Beweis	437
133.	V. Cautionen	442
135—136a.	**Anhang zum II. Buche.** Von den Privilegien	444

Drittes Buch.

Das Sachenrecht.

§		Seite
	Erstes Kapitel. Allgemeines.	
	I. Begriff und juristisch bedeutende Verschiedenheiten der Sachen.	
137.	Begriff der Sache. Körperliche und unkörperliche Sachen	449
138.	Einfache und zusammengesetzte Sachen	453
139.	Bewegliche und unbewegliche Sachen	454
140.	Verbrauchbare, abnützbare Sachen	455
141.	Gattungs- oder vertretbare, nicht vertretbare Sachen	456
142.	Sachtheile	458
143.	Zubehörungen	461
144.	Organische Erzeugnisse und Früchte	464
145—147.	II. Rechtsverhältnisse an Sachen	468
	Zweites Kapitel. Der Besitz.	
	I. Begriff und rechtliche Bedeutung des Besitzes.	
148—150.	A. Sachbesitz	477
151.	B. Rechtsbesitz	492
152.	II. Möglichkeit des Besitzes	493
153—154.	III. Erwerb des Besitzes	498
155.	Erwerb des Besitzes durch Stellvertreter	507
156—157.	IV. Verlust des Besitzes	517
	V. Schutz des Besitzes	
158.	Einleitung	525
159.	A. Schutz des Besitzes gegen Störung	526
	B. Schutz des Besitzes gegen Entziehung.	
	1. Das reine römische Recht.	
160.	a. Der Interdictenschutz	532
161.	b. Der Condictionenschutz	539
162—162a.	2. Nachrömische Fortbildungen	542
163—164.	VI. Rechtsbesitz	546
165.	Drittes Kapitel. Die Rechte an Sachen im Allgemeinen	555
166.	Redlicher Erwerb	558
	Viertes Kapitel. Das Eigenthum.	
167—168.	I. Begriff, Inhalt, Gegenstand	559
169.	II. Gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums	564
169a.	III. Miteigenthum	573
	IV. Erwerb des Eigenthums.	
170.	A. Uebersicht über die verschiedenen Eigenthumserwerbarten	579
171—172.	B. Eigenthumsübergang durch den Willen des bisherigen Eigenthümers	583
172a.	Veräußerungsverbote	594

§		Seite
173.	C. Eigenthumserwerb durch Richterspruch	598
174.	D. Eigenthumserwerb durch Gesetz	600
	E. Ersitzung.	
175.	Einleitung	602
	1. Erfordernisse der ordentlichen Ersitzung.	
175a.	a. Besitz	605
176—177.	b. Redlicher Besitz (guter Glaube)	607
178—179.	c Gerechtfertigter Besitz (Titel)	613
180—181.	d. Dauer des Besitzes	619
182.	e. Ausnahmen	625
183.	2. Erfordernisse der außerordentlichen Ersitzung	629
184.	F. Eigenthumserwerb an herrenlosen Sachen	631
185.	G. Eigenthumserwerb an neuentstandenen Sachen	636
186.	Organische Erzeugnisse	639
187.	Arbeitsproducte	647
188—190.	H. Eigenthumserwerb durch Verbindung	650
191.	V. Verlust des Eigenthums	661
	VI. Der Eigenthumsanspruch.	
192.	Einleitung	663
	A. Der Eigenthumsanspruch wegen Vorenthaltung der Sache.	
193—194.	1. Gegenstand	663
195.	2 Gegenansprüche	667
196.	3. Voraussetzungen	669
197.	4. Einreden	672
198.	B. Der Eigenthumsanspruch wegen Eingriffs	674
199.	Der Anspruch des redlichen Erwerbers	680

Fünftes Kapitel. Die Dienstbarkeiten.

200.	I. Begriff	685
201.	II. Arten	689
	III. Die einzelnen Dienstbarkeiten.	
	A. Die persönlichen Dienstbarkeiten.	
202.	1. Von den persönlichen Dienstbarkeiten überhaupt	692
	2. Die einzelnen persönlichen Dienstbarkeiten.	
203—205.	a. Der Nießbrauch	695
206.	Uneigentlicher Nießbrauch	705
207.	b. Das Gebrauchsrecht	709
208.	Habitatio und operae	712
	B. Die Grunddienstbarkeiten.	
209—210.	1. Allgemeines	713
	2. Die einzelnen Grunddienstbarkeiten.	
211.	a. Felddienstbarkeiten	722
211a.	b. Gebäudedienstbarkeiten	725

§		Seite
	IV. Begründung der Dienstbarkeiten.	
212.	A. Durch den Willen des Eigenthümers	728
213.	B. Durch Ersitzung	735
214.	C. In anderer Weise	739
215—216.	V. Aufhebung der Dienstbarkeiten	739
217.	VI. Der Dienstbarkeitsanspruch	748
	Sechstes Kapitel. Emphyteusis und Superficies.	
218.	Einleitung	750
	I. Die Emphyteusis.	
219—220.	A. Rechte und Pflichten des Emphyteuta	753
221.	B. Begründung der Emphyteusis	758
222.	C. Beendigung der Emphyteusis	761
223.	II. Die Superficies	764
	Siebentes Kapitel. Das Pfandrecht.	
224.	I. Begriff und Wesen	768
225—226.	II. Verhältniß des Pfandrechts zur Forderung	772
226a—228.	III. Gegenstand des Pfandrechts	778
	IV. Entstehung des Pfandrechts.	
229.	A. Von den Entstehungsgründen des Pfandrechts im Allgemeinen	788
230.	B. Entstehung des Pfandrechts durch Vertrag	790
231—232.	C. Entstehung des Pfandrechts durch Rechtssatz	793
233.	D. Richterliches Pfandrecht	800
233a—233b.	E. Erwerb bestehender Pfandrechte	804
	V. Inhalt des Pfandrechts.	
233c.	Einleitung	810
	A. An körperlichen Sachen.	
234.	1. Recht des Besitzes	812
235—236.	Pfandanspruch und Pfandklage	815
237—238.	2. Recht des Verkaufs	823
239.	B. An unkörperlichen Sachen	832
	VI. Mehrheit der Pfandrechte.	
240—241.	A. Rechtsverhältniß	839
	B. Rang der Pfandrechte.	
242—244.	1. Zeitverhältniß	844
245.	2. Vorzug des öffentlichen Pfandrechts	853
246.	3. Pfandprivilegien	855
247.	C. Uebergang des Ranges	860
	VII. Beendigung des Pfandrechts.	
248.	A. Beendigungsgründe, welche das Pfandrecht mit anderen Rechten gemein hat	861
249.	B. Beendigungsgründe, welche dem Pfandrecht eigenthümlich sind	869

Einleitung.

I. Begriff des Pandektenrechts.

§ 1.

Unter Pandektenrecht wird verstanden das gemeine deutsche Privatrecht römischen Ursprungs.

Das gemeine deutsche Privatrecht ist dasjenige deutsche Privatrecht, welches für Deutschland als Deutschland, für Deutschland als Ganzes, gilt[1]. Dieses gemeine deutsche Privatrecht ist nur zum Theil einheimischen Ursprungs; anderen, und überwiegenden Theils,

[1] Ueber den Begriff des gemeinen Rechts s. Wächter gemeines Recht § 1. Deutschlands S. 14—17. 165, Thöl Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 46—48, Bruns in Ersch uud Gruber Encyclopädie LVII S. 208 fg., vgl. auch Stobbe I § 10, Wächter I § 17. Der Begriff des gemeinen Rechts beruht auf dem, wie überhaupt, so namentlich auch für die Rechtswissenschaft, außerordentlich wichtigen Begriff des Ganzen, als eines seinen Theilen gegenüber selbständigen Dinges, als eines Dinges, welches nicht die Summe, sondern die Einheit seiner Theile ist. Das für ein Rechtsgebiet als Ganzes in diesem Sinne geltende Recht ist für die einzelnen Gebiete, in welche das Ganze zerfällt, das gemeine Recht; das für die einzelnen Gebiete als solche geltende Recht ist das besondere, particuläre, Recht dieser Gebiete. Das letztere wird auch dadurch nicht zum gemeinen Recht, daß sein Inhalt für alle Gebiete der gleiche ist (Thöl nennt ein solches Recht passend „allgemeines Recht"), wie umgekehrt das gemeine Recht dadurch nicht aufhört, gemeines Recht zu sein, daß ein zu dem Ganzen gehöriges Gebiet oder auch mehrere Gebiete sich ihm entziehen; die übrigen Gebiete fahren fort ihm unterworfen zu sein nicht als für sich bestehende Gebiete, sondern deßwegen, weil sie zum Ganzen gehören. A. M. früher Wächter in der citirten Schrift über das gemeine Recht Deutschlands; s. aber jetzt dens. in seinen Beilagen zu Vorlesungen über das deutsche Strafrecht I S. 144. Die Ansicht von Bruns, welcher den Begriff des gemeinen Rechts ausgeschlossen wissen will, „wenn die Ausnahmen sich vermehren", verdient schon wegen ihrer Unbestimmtheit keinen Beifall.

beruht es auf recipirten fremden Rechten, und unter diesen nimmt den hauptsächlichsten Platz das römische Recht ein[2].

Das römische Recht ist in Deutschland zur Geltung gelangt[3] nicht durch einen Act der Gesetzgebung, sondern auf dem Wege des Gewohnheitsrechts, und zwar näher, nicht durch die Uebung des Volkes, sondern durch die Uebung der Juristen, welche das römische Recht ihren Rechtssprüchen und Rechtsgutachten zu Grunde legten (§. 16). Die Juristen wurden dabei hauptsächlich bestimmt durch die überwältigende geistige Macht, mit welcher das römische Recht ihnen entgegentrat. Das römische Recht war gegenüber dem einheimischen Recht nach Form und Inhalt so sehr das vollkommenere, daß es nicht mehr als ein Recht, sondern als das Recht erschien[4]. Die deutschen Juristen folgten, indem sie das römische

[2] Daneben steht das canonische Recht und das longobardische Lehnrecht.

[3] Eine allen Anforderungen entsprechende Geschichte der Reception des römischen Rechts in Deutschland muß noch erst geschrieben werden. Hervorzuheben sind: Senckenberg methodus iurisprudentiae app. III p. 127—147, Eichhorn' deutsche Staats- und Rechtsgeschichte III § 440–444, und vor Allem Stobbe Geschichte der deutschen Rechtsquellen I S. 609—655. II S. 1—142 (1860. 1864). Hierzu Muther Zeitschr. f. RGesch. IV S. 380—445. Vgl. auch C. A. Schmidt (von Rostock) die Reception des römischen Rechts in Deutschland (1868), und darüber Stobbe krit. VJSchr. XI S. 1 fg. Ferner: Stintzing Geschichte der populären Literatur des römisch-canonischen Rechts in Deutschland am Ende des fünfzehnten und im Anfange des sechszehnten Jahrhunderts (1867). Muther Römisches und canonisches Recht im Mittelalter (1871). Derf. Zur Geschichte der Rechtswissenschaft und der Universitäten (1876). W. Moddermann (Prof. in Groningen) die Reception des römischen Rechts. Aus dem Holländischen übersetzt und mit Zusätzen herausgegeben von R. Schulz (1875). Dazu die beachtenswerthe Anzeige von Fitting in Grünhut's Zeitschrift II S. 768 fg. Ott Beiträge zur Receptionsgeschichte des röm. R. in den böhmischen Ländern (1879). Stintzing Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft I S. 1—88 (1880); dazu Böhlau krit. VJSchr. XXIII S. 524 fg. Laband über die Bedeutung der Reception des röm. R. für das deutsche Staatsrecht (1880). Sohm fränkisches und römisches Recht (Zeitschr. der Savignystiftung Germ. Abtheil. I S. 68 fg., 1880). Fran'ken Romanisten und Germanisten (1882). Boretius die Umwandlung des deutschen Rechtslebens durch die Aufnahme des röm. Rechts, Preuß. Jahrb. LII S. 105 fg. (1883).

[4] Das einheimische Recht war zum großen Theil Gewohnheitsrecht, und insofern, wie man es damals nannte, ius incertum: es enthielt eine Reihe von einzelnen, meist sehr concret gefaßten Regeln, aber es mangelte ihm an leitenden Grundsätzen; seine Bestimmungen waren gegenüber den Bedürfnissen

Recht zur Anwendung brachten, dem gleichen Zug, welcher ihre ganze Zeit beherrschte, dem Zuge der widerstandlosen Hingabe an die der Vergessenheit wieder entrissene antike Cultur[5]. Neben diesem Hauptgrunde wirkte als unterstützend mit die Idee, daß das römische Reich, dessen Krone der deutsche König trug, nur eine Fortsetzung des alten Reichs der römischen Imperatoren sei, daher den Justinianischen Rechtsbüchern die gleiche verbindende Kraft zukomme, wie einem Reichsgesetze[6]. Als im Jahre 1495 das neu errichtete Reichskammergericht unter Anderem auch auf das römische

des immer mehr sich entwickelnden Verkehrs nicht ausreichend. Das römische Recht, wie es aus geschriebenem Buchstaben mit Sicherheit erkannt werden konnte, gewährte Hülfe für Alles. Stobbe a. a. O. I S. 636—638. S. übrigens auch Sohm in Grünhut's Zeitschrift I S. 246 fg.

[5] Stobbe a. a. O. I S. 640. „So wie die Humanisten aus den griechischen und römischen Autoren die absolute Wahrheit und menschliche Bildung zu schöpfen glaubten, so waren sich auch die Juristen, welche zu Bologna das römische Recht studirt hatten und es in der Heimath zur Geltung zu bringen suchten, dessen nicht im Entferntesten bewußt, daß sie ihrem Volke ein fremdes Recht zuführten und daß nicht alle Sätze des Corpus Juris zur Anwendung kommen dürften. Man glaubte kein fremdes Recht zu übertragen, sondern nur das seiner Entwickelung nach vollendetere Recht, das Recht κατ' ἐξοχήν, anzuwenden". — Es kam hinzu der Mangel an historischem Sinn, welcher jener Zeit eigen war. So hatte man auch den Sachsenspiegel in vielen Gerichten als gesetzliche Quelle recipirt, ohne genau zu untersuchen, ob jeder Satz desselben mit dem particulären Rechte in Einklang stehe; man wandte sich um Rechtsbelehrung an einen Oberhof, ohne zu fragen, ob zwischen den Grundlagen seines Rechts und des der anfragenden Stadt Uebereinstimmung herrsche. Stobbe a. a. O. I S. 639.

[6] Das römische Recht galt als ein für den ganzen Weltkreis verbindliches Recht, wie das römische Reich als ein den ganzen Weltkreis begreifendes Reich. Diese Idee tritt in den Gesetzen und Urkunden der deutschen Kaiser schon seit Otto III. hervor (Stobbe a. a. O. I S. 612—624. II S. 110). Besondere Kraft mußte sie in Deutschland haben, wo der deutsche Kaiser wirklich herrschte, und hier wieder vorzugsweise, soweit er unmittelbar herrschte. Für das kaiserliche Hofgericht findet sich denn auch bereits aus dem Jahre 1342 eine Erklärung K. Ludwig's, daß an demselben fortan nur „nach kunig und kaisern seiner vorfarn an dem romischen riche gesetzen und ihre geschrieben rechten" geurtheilt werden solle. Eine gleiche Erklärung gab Albrecht II. in dem Landfrieden von 1438. Stobbe a. a. O. I S. 621—624. II S. 87. (Vgl. übrigens in Betreff der Verordnung K. Ludwig's auch Franklin Beiträge zur Geschichte der Reception des römischen Rechts in Deutschland. S. 107 fg., welcher nachzuweisen sucht, daß diese Verordnung sich auf das römische Recht nicht bezogen habe.)

Recht verwiesen wurde[7], war dies bereits bei Weitem keine Neuerung mehr; seit der Mitte des 16. Jahrhunderts kann die Reception des römischen Rechts in Deutschland als vollendet angesehen werden[8].

§ 2.

Näher bestimmt sich die Geltung des römischen Rechts in Deutschland durch folgende Sätze.

---

[7] Es sollte urtheilen „nach des Reichs und gemeinen Rechten". Unter den „gemeinen Rechten" ist hier eben das römische Recht, wenn nicht allein, so doch gewiß mit verstanden. Wenn man früher zu weit ging, und in dieser Bestimmung die eigentliche Quelle der Geltung des römischen Rechts in Deutschland sehen wollte, so darf man doch auf der anderen Seite den Einfluß, welchen das Reichskammergericht auf die Einführung und Befestigung des römischen Rechts gehabt hat, nicht unterschätzen. Beweis ist, daß in Ländern, auf welche sich seine Autorität nicht erstreckte, bei übrigens im Wesentlichen gleichen Verhältnissen das römische Recht Gesetzeskraft nicht erlangt hat, so in der Schweiz, Schleswig, Nordfrankreich. S. Eichhorn deutsche Staats- u. Rechtsgesch. III § 442, Gerber das wissenschaftliche Princip des gem. deutschen Privatrechts S. 128. 145, Stobbe a. a. O. II S. 86 fg. vgl. S. 111 Note 5.

[8] Spuren der Bekanntschaft mit dem römischen Recht finden sich in Deutschland bereits seit dem 13. Jahrhundert, so namentlich Clauseln in Notariatsurkunden, durch welche auf Einreden des römischen Rechts verzichtet wird. Stobbe a. a. O. I S. 646—650. Aber auch angewendet wurde in einzelnen Sätzen und Instituten das römische Recht schon seit dem Ende desselben Jahrhunderts. Stobbe a. a. O. I S. 650. 651. Einer umfassenden Anwendung des römischen Rechts mußte erst vorausgehen die Gründung einheimischer Universitäten (seit der Mitte des 14. Jahrh.), und daß auf ihnen auch das römische Recht eine mehr als untergeordnete Berücksichtigung fand, was seit der Mitte des 15. Jahrhunderts der Fall war. Stobbe a. a. O. I S. 625—631. II S. 9—22. Seit dieser Zeit wuchs die Anwendung des römischen Rechts mit der Zahl der gelehrt gebildeten Juristen; dieselben erlangten zuerst Antheil an der Rechtsprechung, und schließlich verdrängten die mit gelehrten Juristen besetzten Gerichte die mit Volksschöffen besetzten ganz. Stobbe a. a. O. II S. 63—110. Franklin Beiträge zur Geschichte der Reception des römischen Rechts in Deutschland S. 19 fg. Besonders aber: Stölzel die Entwickelung des gelehrten Richterthums in deutschen Territorien. 2 Bde. 1872. Darüber Stintzing in Sybel's Hist. Zeitschrift XXIX S. 408 fg. Sohm in Grünhut's Zeitschr. I S. 250 fg. Mitwirkung der Landesgesetzgebung: Stobbe a. a. O. II S. 114—133. — Das römische Recht ist auch in andere Länder eingedrungen, als in Deutschland, namentlich in England und Nordfrankreich (in Südfrankreich hatte es zu gelten nie aufgehört). Aber in England hat es nicht festen Fuß gefaßt (vgl. den Aufsatz von Biener in der krit. Zeitschr. f. Gesetzg. u. RW. des Auslandes XIX. 9), in Nordfrankreich ist es nicht zu

1. Das römische Recht gilt in Deutschland nicht als absolutes gemeines, sondern nur als subsidiäres gemeines Recht; d. h. es schließt nicht entgegenstehende particularrechtliche Bestimmungen aus, sondern kommt zur Anwendung nur insoweit particularrechtliche Bestimmungen nicht entgegenstehen.

2. Das römische Recht gilt in derjenigen Gestalt, welche es durch die Justinianische Codification und die Lehre der Schule von Bologna erhalten hat; nur in dieser Gestalt ist es recipirt worden. Hierüber das Nähere im folgenden Paragraphen.

3. In dieser Gestalt ist das römische Recht als Ganzes recipirt worden[1]; daher braucht seine Anwendbarkeit nicht für jeden einzelnen in ihm enthaltenen Satz gerechtfertigt zu werden; jeder in ihm enthaltene Satz ist für anwendbar zu erachten, so lange sich nicht Gründe gegen seine Anwendbarkeit ergeben[2].

Gesetzeskraft gelangt. Was die Niederlande angeht, s. Moddermann (§ 1 Note 3) S. 81 fg.

[1] Wie man sich früher ausdrückte: „in complexu". Das will sagen: § 2. Gegenstand der Reception waren nicht die einzelnen römischen Rechtssätze als diese, wegen ihres besonderen Inhalts, sondern Gegenstand der Reception war das römische Recht als solches. Alle Gründe der Reception beziehen sich auf das römische Recht als solches, nicht auf den besonderen Inhalt seiner besonderen Sätze. Vgl. Wächter gemeines Recht Deutschlands S. 193—202. Daher sind die Zeugnisse für die Reception des einen Satzes zugleich Zeugnisse für die Reception des anderen. Man wird entweder die Reception des römischen Rechts ganz leugnen oder diese Consequenz zugeben müssen. Vgl. die folgende Note.

[2]) Früher drückte man das so aus: wer sich auf das römische Recht berufe, habe „fundatam intentionem" (vgl. Stintzing Geschichte der deutschen Rechtswissensch. II S. 19. 178 fg.). Wenn man dies näher dahin verstand, es könne die Anwendung eines jeden Satzes des römischen Rechts verlangt werden, bis der Gegner dessen Unanwendbarkeit bewiesen habe, so war das allerdings insofern ein Irrthum, als von einem civilproceßmäßigen Beweise bei Rechtssätzen überhaupt nicht die Rede sein kann. Der Richter wird also selbstständig zu untersuchen haben, ob nicht Gründe für die Unanwendbarkeit eines in Frage gestellten Satzes des römischen Rechts vorliegen: wohin namentlich auch gehört, daß das Verhältniß, auf welches sich ein römischer Satz bezieht, heutzutage ganz fehlt. Im Zweifel aber wird er sich allerdings für die Anwendbarkeit zu entscheiden haben. Das ist zwar in der neueren Zeit geleugnet worden (Beseler Volksrecht und Juristenrecht S. 99—105, Reyscher Zeitschrift für deutsch. Recht IX S. 373—408, Leist civilistische Studien I S. 12—19 und Bonorum possessio II. 2 S. 350—367, vgl. auch Eichhorn deutsches Privatr. § 40 Note e), aber aus nicht stichhaltigen Gründen. Man hat geltend gemacht: 1) es sei nicht wahr, daß das römische Recht als Ganzes

4. Das römische Recht gilt in Deutschland nicht unmodificirt. Die Modificationen, mit welchen es gilt, haben eine dreifache Quelle: das canonische Recht[3], die deutschen Reichsgesetze[4], das

recipirt worden sei — denn es sei nicht ganz recipirt worden. Das ist kein Beweis. Das Ganze ist etwas Anderes als die Summe seiner Theile: Etwas gilt vom Ganzen deßwegen nicht weniger, weil es wegen eines besonderen Grundes von einem oder dem anderen Theil des Ganzen nicht gilt; die Reception bezieht sich deßwegen nicht weniger auf das römische Recht als Ganzes, d. h. auf dasjenige, was die Eigenschaft hat römischer Rechtssatz zu sein, weil nicht Alles, was diese Eigenschaft hat, recipirt ist. Man hat 2) angeführt, das römische Recht sei hinter dem einheimischen deutschen, nicht bloß particulären, sondern auch gemeinen Rechte recipirt. Das ist richtig; aber daraus folgt nicht, daß nicht im Zweifel anzunehmen sei, daß es einen dem römischen Recht entgegenstehenden und dasselbe ausschließenden gemeinen Rechtssatz nicht gebe. Was für ein Ganzes gilt, gilt nicht nothwendig für alle seine Bestandtheile; aber es ist nicht das Normale, daß ihm einer seiner Bestandtheile entzogen sei. Gerechtfertigt werden muß nicht die Regel, sondern die Ausnahme. Gegen Beseler und Reyscher vgl. Wächter gemeines Recht Deutschlands S. 186—204. Pandekten I S. 52 fg., Gerber Princip des gem. deutschen Privatrechts S. 154—157, Stobbe a. a. O. II S. 111 fg. und deutsch. Privatrecht I S. 18 (20), Seuff. Arch. XXXIV. 80; andererseits wieder Beseler deutsches Privatrecht 2. u. 3. Aufl. § 8, jetzt auch Dernburg § 4. — Zu weit geht auch die Behauptung (Savigny I S. 69. 165, Sintenis I S. 18), daß alle dem Staatsrechte angehörenden Bestimmungen des römischen Rechts für nicht recipirt zu erachten seien, vgl. Wächter Arch. f. civ. Pr. XXIII S. 434 fg. gemeines Recht Deutschlands S. 193 Note 236, Guyet Arch. f. civ. Pr. XXXV S. 44. 45, Stobbe a. a. O. II S. 123.

[3] Das canonische Recht enthält nicht bloß Bestimmungen über kirchliche Verhältnisse, es greift vielfach auch in das bürgerliche Recht ein; das erklärt sich aus der im Mittelalter weit gezogenen Competenz der geistlichen Gerichte. Zunächst war nun zwar das canonische Recht nur für diese geistlichen Gerichte verbindlich; aber allmälig drang es auch in die weltlichen ein, in Deutschland ist es recipirt wie das römische. Wie das römische Recht als Kaiserrecht, so trat das canonische Recht mit den Ansprüchen auf, welche ihm die Autorität der Kirche verlieh. Stobbe a. a. O. II S. 134—136. („Für die Reception des canonischen Rechts fehlt es an eingehenden Untersuchungen", Stobbe a. a. O. I S. 610.)

[4] Die Gesetze des alten deutschen Reiches sind für das Privatrecht nicht von großer Bedeutung. Eine Aufzählung der für das Privatrecht wichtigsten bei Thöl Einl. in das deutsche Privatrecht § 26. Die Bundesacte und die Beschlüsse des früheren deutschen Bundes sind nicht Quellen des gemeinen deutschen Rechts; sie haben Geltung für die einzelnen Bundesstaaten nur kraft der in denselben erfolgten Publication erlangt. Seuff. Arch. XVIII. 103. Die Gesetze des neuen deutschen Reiches (Bundes) sind Quellen nicht bloß des sub-

gemeine deutsche Gewohnheitsrecht[5]. — Die selbständigen Rechtsinstitute, welche auf diesen Rechtsquellen beruhen, gehören in die Darstellung des Pandektenrechts nicht, sie finden ihre Darstellung in anderen Disciplinen[6].

5. Durch die Auflösung des deutschen Reichs ist die Geltung des römischen Rechts in Deutschland nicht verändert worden[7]. —

---

fidiären, sondern des absoluten gemeinen Rechts. Verfassung des deutschen Reichs Art. 2.

[5] Die Existenz gemeiner deutscher Gewohnheiten wurde bei dem ersten gewaltsamen Andrängen des römischen Rechts nur widerwillig und nur spärlich anerkannt. Erst allmälig vermochte sich die Ueberzeugung Bahn zu brechen, daß in der gemeinen deutschen Gewohnheit eine dem recipirten fremden Rechte ebenbürtige Rechtsquelle enthalten sei. Es ist überhaupt der leitende Faden, welcher durch die gesammte deutsche Rechtsentwickelung seit der Reception des römischen Rechts hindurchgeht, daß sich dem letzteren gegenüber das einheimische Recht immer mehr ermannt und sich immer größere Anerkennung errungen hat. Eine nicht hoch genug anzuschlagende Förderung hat diese Richtung durch die historische Erforschung des deutschen Rechts erhalten, welche mit der Mitte des 17. Jahrhunderts erwachend (vgl. Stobbe Hermann Conring, der Begründer der deutschen Rechtsgeschichte, 1870), seit dem Anfang des gegenwärtigen zu immer größerer Blüthe gediehen ist. Von Bedeutung war es auch, daß man seit dem Beginn des 18. Jahrhunderts anfing, den deutschrechtlichen Stoff von dem römischrechtlichen im akademischen Vortrage und in schriftstellerischer Darstellung äußerlich abzusondern. Die Disciplin, welche sich daraus gebildet hat, nennt man die Disciplin des gemeinen deutschen Privatrechts — in nicht passender Weise; denn auch das recipirte römische Recht ist deutsches Privatrecht, es gilt für uns nicht als römisches, sondern als deutsches Recht. Vgl. Beseler § 9.

[6] In den Disciplinen des Kirchenrechts und des in der vorigen Note bezeichneten s. g. gemeinen deutschen Privatrechts.

[7] Es ist behauptet worden, durch die Auflösung des deutschen Reichs habe das römische Recht aufgehört, gemeines Recht für Deutschland zu sein; seit dieser Zeit gelte es in den einzelnen deutschen Staaten nur noch deßwegen, weil die Landesgesetzgebung derselben es beibehalten habe, also als Particularrecht (Wächter gemeines Recht Deutschlands S. 171 fg. 205 fg. Beilagen zu Vorlesungen über das deutsche Strafrecht S. 144 fg. Pandekten I S. 19; s. auch E. Meier die Rechtsbildung in Staat und Kirche [1861] S. 80—81. Hiergegen ist mit Recht eingewendet worden (Bruns in Ersch und Gruber Encyclopädie LVII S. 210—212. 218—220), daß nur für das gemeine Gesetzesrecht Erforderniß sei, daß die einzelnen Gebiete, für welche es gelte, zu einem und demselben Staate gehören, nicht aber für das gemeine Gewohnheitsrecht; den Ausgangspunkt für das letztere bilde nicht die Gesetzgebungsgewalt des Staates, sondern die gemeinsame rechtliche Ueberzeugung des Volkes; auch vor

Daß das im Vorstehenden näher bezeichnete Recht Pandektenrecht genannt wird, hat einen historischen Grund; der Name hat sich aus jener Zeit erhalten, wo dieses Recht in der Form einer Exegese oder doch nach der Ordnung der Justinianischen Pandekten vorgetragen zu werden pflegte.

II. Quellen des Pandektenrechts.

§ 3.

Die Quellen des Pandektenrechts ergeben sich aus dem in den beiden vorigen Paragraphen Gesagten.

Die hauptsächlichste Quelle des Pandektenrechts bildet das römische Recht in derjenigen Gestalt, welche es durch die Justinianische Codification erhalten hat. Die Justinianische Codification zerfällt in 4 Theile: die Institutionen, die Pandekten, den Codex, die Novellen[1]. Die Gesammtheit dieser Theile wird seit den Glossatoren Corpus iuris civilis genannt[1a].

Der Grund, weßwegen nur das Justinianische, weder das vorjustinianische noch das nachjustinianische Recht, die Quelle des Pandektenrechts bildet, ist, daß das römische Recht nur in derjenigen Gestalt in Deutschland recipirt worden ist, in welcher es die Schule von Bologna[2] lehrte, und dieser Schule war nur das Justinianische Recht bekannt.

---

dem Jahre 1806 habe das römische Recht nicht kraft der Reichsgewalt gegolten. Die praktische Bedeutung dieser Frage ist, ob seit der Auflösung des deutschen Reichs eine gemeinrechtliche Fortbildung des römischen Rechts möglich gewesen ist, was Wächter leugnet. Für die Wächter'sche Meinung: Goldschmidt Handbuch des Handelsrechts 2. Aufl. I S. 337.

§ 3. [1] Die Institutionen und die Pandekten haben Gesetzeskraft erhalten vom 30. Dezember 533, der Codex (repetitae praelectionis) vom 29. Dezember 534 an. Das Nähere über den Inhalt und die Einrichtung dieser Rechtsbücher wird hier als bekannt vorausgesetzt. Die Novellen sind einzelne, von Justinian nach Vollendung seiner Codification erlassene Gesetze.

[1a] Der Ausdruck, obgleich in dieser Verwendung neu, ist an und für sich ein gut römischer. Vgl. l. un. pr. C. de rei ux. act. 5. 13. „Rem in praesenti non minimam aggredimur, sed in omni paene corpore iuris effusam . . ".

[2] Im früheren Mittelalter war die Kenntniß des römischen Rechts selbst in denjenigen Ländern, in welchen seine Geltung nach dem Sturze des weströmischen Reichs nie ganz aufgehört hatte, eine verdunkelte. Von Bologna ging mit dem Ende des 11. Jahrh., hauptsächlich auf Grund der wiedererlangten Kenntniß der Pandekten (vgl. in dieser Beziehung Mommsen Zeitschr.

Die Schule von Bologna hat aber nicht bloß das vor- und nachjustinianische Recht nicht gelehrt, sie hat auch nicht das ganze Justinianische Recht gelehrt. Das Kennzeichen Dessen, was sie gelehrt hat, ist, daß es glossirt worden ist[3]; daher das alte Rechtssprichwort: quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia[4]. Daß Etwas nicht glossirt worden ist, hat seinen Grund theils darin, daß es in den Handschriften der Glossatoren fehlte, theils darin,

---

f. Rechtsgesch. XIII S. 201, Conrat in der unten citirten Schrift p. CCXLIX s.), ein erneutes Studium des römischen Rechts aus, und nahm sehr bald einen außerordentlichen Aufschwung. Fortgesetzt wurde dieses Studium in den anderen Schulen, welche nach dem Muster der Schule zu Bologna in Italien, Südfrankreich, Spanien gestiftet wurden. Die in diesen Schulen ausgebildete Doctrin ist es, welche sich, wie über ganz Europa, so auch nach Deutschland verbreitete, für sie ist der in Bologna festgestellte Quellencanon immer maßgebend geblieben. Das Nähere über diese Dinge findet sich in dem classischen Werke von Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, 7 Bde., 2. Ausg. 1834. 1850. 1851. Vgl. auch Böcking I § 24. In der neueren Zeit hat man sich bemüht, das Dunkel der vorbolognesischen Zeit mehr aufzuhellen, als es bei Savigny geschehen ist; namentlich haben sich in dieser Beziehung Stintzing, Fitting, Ficker und Conrat (Cohn) verdient gemacht. Ueber diese Bestrebungen kann man sich am besten aus der Schrift des letztgenannten Schriftstellers unterrichten: die Epitome Exactis regibus, Einleitung Abschn. V. VI. VIII (1884). Vgl. auch Rivier Nouvelle revue de droit français et étranger 1877 p. 1 s.), Landsberg die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum S. 1 fg. (1883), derſ. krit. VJSchr. XXVII S. 64 fg.

[3] Glossen sind Erklärungen, welche ein Rechtsgelehrter „seinem Exemplar des Textes in der Absicht beigeschrieben hatte, daß sie so wie andere Bücher erhalten, abgeschrieben und verbreitet werden sollten" (Savigny a. a. O. III S. 558). Die ursprünglichen Glossen sind durch die Zusammenstellung, welche der Glossator Accursius in der ersten Hälfte des 13. Jahrh. aus eigenen und fremden Glossen gemacht hat, vollständig verdrängt worden. Diese Zusammenstellung ist es, was man „die Glosse" (glossa ordinaria) nennt. Savigny a. a. O. V S. 262—305, Landsberg (Note 2) S. 52 fg.

[4] Ueber diese Regel und ihre fortwährende heutige Geltung s. Ofenbrüggen in Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV S. 172 fg. (1841), Landsberg über die Entstehung der Rechtsregel Quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia (1880), Stintzing Geschichte der deutsch. RWissensch. II S. 19 fg. — In den Institutionen ist Alles glossirt, in den Pandekten Alles mit Ausnahme von l. 7 § 5 — l. 11 de bon. damnat. 48. 20 und l. 10—19 de interd. et releg. 48. 22 (vgl. Note 5). Die nicht glossirten Stellen des Codex (vgl Note 5) bei Böcking I Anh. S. *6, Vangerow I § 6 Anm. 1, Arndts § 2 Anm. 3; die nicht glossirten Novellen in Note 6a.

daß diese es für unanwendbar hielten. In die erste Kategorie gehören namentlich die zahlreichen griechischen Constitutionen des Codex[5]; aus dem zweiten Grunde haben die Glossatoren von den 134 Novellen, welche sie besaßen[6], nur 96 glossirt[6a].

[5] Die griechischen Constitutionen im Justinianischen Codex bilden etwa den 25. Theil der Gesammtzahl: sie wurden im Occident nicht abgeschrieben, weil man sie nicht verstand. Später sind sie aus kirchlichen Sammlungen und griechischen Quellen, so gut es gehen wollte, dem Wortlaut oder dem Inhalt nach, wiederhergestellt worden, s. g. leges restitutae. Vgl. Witte die leges restitutae des Justinianischen Codex (1830), Biener u. C. G. Heimbach Beiträge zur Revision des Justinianischen Codex (1833). — Die griechischen Stellen der Pandekten hatten die Glossatoren in einer lateinischen Uebersetzung von dem Pisaner Burgundio († 1194) (vgl. Glück XXXI S. 164 fg. Rudorff Recht der Vormundschaft II S. 2—5, Mommsen additam. IV zum 1. Band seiner Pandektenausgabe). Dagegen fehlte ihnen der Schluß von 48. 20 (l. 7 § 5 — l. 11) und 22 (l. 10—19); auch diese Lücke ist erst später (dem Inhalt nach) aus den Basiliken ergänzt worden. — Von den Novellen in der folg. Note. — Gegen die Ansicht, daß auch den leges restitutae Gesetzeskraft zukomme, s. Savigny System I S. 70—75 und Osenbrüggen an dem in Note 4 genannten Orte.

[6] Justinian hat im Ganzen 166 Novellen erlassen, die meisten in griechischer Sprache; die Sammlung von 134 Novellen, welche die Glossatoren besaßen, enthielt die griechischen in einer lateinischen Uebersetzung. Sie nannten diese Sammlung gegenüber der bis dahin allein gebrauchten Sammlung des Julianus, welche die einzelnen Novellen nur in einem Auszuge gab (daher die Bezeichnuug epitome Iuliani), Authenticum, die einzelnen Stücke Authenticae. Später ist auch der griechische Novellentext wieder aufgefunden worden (in einer Sammlung von 168 Novellen, die jedoch nicht bloß Gesetze von Justinian enthält); ihm und den von ihm gemachten lateinischen Uebertragungen gegenüber heißt der Text der Glossatoren die (versio) vulgata. Für die praktische Anwendung muß im Widerspruchsfall die Vulgata vorgezogen werden, um so mehr, als ihre Abweichungen nicht bloß auf Verschiedenheit der Auffassung, sondern theilweise auf einer Verschiedenheit des ursprünglichen griechischen Textes oder Aenderungen der Glossatoren beruhen. Vgl. II § 342 Note 13. S. über diese Frage Osenbrüggen Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVII S. 382 fg., Sintenis I S. 13. 14, Vangerow I § 6 Anm. 2, Puchta § 4. b, Brinz 2. Aufl. S. 20. Für den Vorzug der Vulgata Seuff. Arch. XIX. 103, Entscheidungen des OAG. zu Rostock IX S. 168 fg. Erläuterung der Vulgata aus dem griechischen Urtext: vgl. z. B. III § 590 Note 3. 7. — Das Nähere über die verschiedenen Sammlungen, in welchen die Novellen auf uns gekommen sind, bei Biener Geschichte der Novellen Justinian's (1824). S. auch Böcking I S. 66. 67 und Anh. IV, Wächter I S. 41 fg.

[6a] Nicht glossirt sind: Nov. 11. 13. 21. 24—32. 35—37. 40—43. 45. 50. 59. 62—65. 68. 75. 87. 101—104. 110. 121. 122. 126. 129. 130. 133.

Von der anderen Seite ist durch die Schule von Bologna Einiges in die Justinianische Sammlung hineingekommen, was ihr ursprünglich nicht angehörte, die s. g. Authenticae, Auszüge aus den Novellen und zum Theil aus den Gesetzen deutscher Kaiser (Friedrich I. und Friedrich II.), welche hinter die dadurch abgeänderten Stellen des Codex eingerückt wurden[7]. Auch sie sind recipirt worden, aber nicht als Autorität gegen die Originale[8].

§ 4.

Es ist noch Einiges über die Ausgaben des Corpus juris zu sagen[1]. Die älteren Ausgaben geben nicht das Corpus juris als Ganzes, sondern nur einzelne Theile desselben, oder auch alle einzelnen Theile desselben, aber nur als einzelne[2]. Die erste Gesammtausgabe unter dem Titel Corpus iuris civilis ist die von

135—142. 144—158. 160—168. — Wenn Andere 97 Novellen als glossirte zählen, so beruht dies darauf, daß sie Nov. 150 mit rechnen, die aber nicht als solche glossirt ist, sondern nur in ihrem in Nov. 143 enthaltenen Auszug.

[7] Der Name erklärt sich aus der Bezeichnung, welche die Glossatoren für die Novellen selbst gebrauchten. S. Note 6. Aehnliche Auszüge finden sich übrigens auch in Handschriften und Ausgaben der Institutionen und in Handschriften der Novellen. Vgl. Savigny Gesch. des röm. R. im MA. III S. 527—533. IV S. 42—62.

[8] „Es würde . . . dem Sinne der Aufnahme der Authentiken völlig entgegen sein, wenn man aus ihnen einen Widerstreit gegen den Novellentext begründen wollte". Savigny System I S. 68. d.

[1] Die hier gemachten Bemerkungen verfolgen nur den Zweck einer Orien- § 4.
tirung über das Hauptsächliche. Genaueres bei Böcking I Anh. V, Erxleben Einleit. in d. röm. Privatr. § 40.

[2] Die dabei (in den glossirten Ausgaben) regelmäßig zu Grunde gelegte Eintheilung des Textes ist folgende: 1. Digestum vetus (—XXIV. 2). 2. Infortiatum (—XXXVIII). 3. Digestum novum (—L). 4. Codex (die neun ersten Bücher des Codex). 5. Volumen oder volumen parvum (die drei letzten Bücher des Codex, Novellen, Institutionen). Ueber den Grund der Eintheilung der Pandekten (stückweises Bekanntwerden derselben? Abgrenzung der volumina in der den Bologneſischen Handschriften zu Grunde liegenden Urhandschrift? Beides?) vgl. Savigny Gesch. des röm. R. im MA. III S. 422—442, Mommsen in der Vorrede zu seiner Pandektenausgabe p. XLVI. LXIV. LXXII. Scheurl Zeitschr. f. RGesch. XII S. 143 fg. bringt die Eintheilung in Verbindung mit Justinian's Studienordnung in Const. Omnem reipublicae („. . . die meisten alten Handschriften, die aus den Byzantinischen Rechtsschulen und der Römischen stammen, [enthielten] . . . nur die 23 ersten, die mehreren nur die 36 ersten Bücher der Pandekten").

Dionysius Gothofredus 1583. Bis zum Anfange des 16. Jahrhunderts sind sämmtliche Ausgaben glossirt, seit dem Anfange des 17. Jahrhunderts ist keine glossirte mehr erschienen. Unter den nicht glossirten Ausgaben war bis in die neuere Zeit die verbreitetste die genannte des Dionysius Gothofredus; vielfach abgedruckt, liegt sie auch den gleichfalls oft gedruckten und nachgedruckten Ausgaben von Simon van Leeuwen und von Freyesleben zu Grunde; sie verdient noch immer Beachtung, weniger wegen ihres Textes[3], als wegen der in ihren Noten enthaltenen Parallelstellen[4]. Die neueren Ausgaben sind: 1) die von Gebauer und (nach dessen Tode) Spangenberg (1776. 1797)[5]; 2) die von Beck (1825—1836); 3) die von den Gebrüdern Kriegel, der Codex von Herrmann, die Novellen von Osenbrüggen (1828—1843)[6]. 4) Die von Schrader unternommene große

[3] Vgl. Stintzing Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft I S. 208. Hervorzuheben ist die Gestalt, welche die Novellen in der Gothofredischen Ausgabe haben; dieselbe gibt nicht die Vulgata, sondern die Sammlung von 168 Novellen (§ 3 Note 6), in einer lateinischen Uebersetzung nach der Ausgabe des Contius von 1571. Diese Uebersetzung ist bei 96 Novellen die der Vulgata, welche aber Contius nicht unverändert ließ; bei den übrigen rührt sie aus anderen Quellen her. In dieser Gestalt finden sich die Novellen in allen unglossirten Ausgaben seit Contius bis auf die neueste Zeit (vgl. Note 6), und in dieser Gestalt werden sie noch heutzutage citirt. Von Contius rührt auch die jetzt gebräuchliche Kapiteleintheilung her.

[4] Auf dieses Hülfsmittel der Interpretation können namentlich Studirende nicht dringend genug aufmerksam gemacht werden. Aber auch Fortgeschritteneren wird das von Gothofredus Gebotene häufig, wenigstens für den ersten Anlauf, genügen. — Nach Buchhändleranzeigen (s. auch Jahrb. des gem. Rechts V S. 408) beabsichtigte der verstorbene Keller eine neue Ausgabe des Corpus Juris, die ihren hauptsächlichen Werth in einer auserlesenen Sammlung von Parallelstellen haben sollte. Daß dieses Werk nicht zu Stande gekommen ist, ist nicht der geringste unter den Verlusten, welche die Rechtswissenschaft durch den Tod dieses ausgezeichneten Gelehrten und Juristen erlitten hat.

[5] Diese Ausgabe war bisher namentlich dadurch werthvoll, daß sie die Pandekten in dem reinen Florentinischen Text (Note 7) wiedergibt, sie ist aber auch in dieser Beziehung neuerdings überholt worden (Note 7). — Die Novellen erscheinen in dieser Ausgabe außer in dem lateinischen Text des Contius auch in dem griechischen Text, und in einer neuen Uebersetzung desselben durch J. Fr. Hombergk zu Vach, — eine werthvolle Zugabe, da die Vulgata auch in der Contius'schen Recension häufig unverständlich ist.

[6] In der Kriegel'schen Ausgabe ist namentlich für den Codex viel geschehen. Bei den Novellen haben sowohl die Beck'sche als die Kriegel'sche

Ausgabe ist nicht über die Institutionen (1832) hinaus gediehen. 5) Die neueste Zeit hat uns eine allen Anforderungen der Kritik entsprechende Ausgabe der Pandekten von Th. Mommsen[7], eine

---

Ausgabe die Recension des Contius verlassen. Sie geben: 1) beide den griechischen Text mit der Hombergk'schen Uebersetzung, die aber in der Kriegel'schen Ausgabe vielfach verbessert ist, 2) die Kriegel'sche Ausgabe dazu die Vulgata, Beck den liber Authenticarum in seiner ursprünglichen Ordnung, aber nicht mit dem reinen Text der Vulgata.

[7] Digesta Iustiniani Augusti recognovit adsumpto in operis societatem Paulo Kruegero Th. Mommsen. Berollni apud Weidmannos 1870. Die erste Lieferung ist erschienen 1866. Vgl. über diese Ausgabe Rudorff Zeitschr. f. RGesch. VI S. 418 fg., Zachariae das. X S. 165 fg. Kürzerer Abdruck zum Handgebrauch, dazu die Institutionen von Krüger, 1868—1872. Vgl. darüber Meischeider krit. VJSchr. XII S. 146 fg. In dieser Ausgabe ist der Florentinische Text (lectio Florentina), d. h. der Text einer aus dem 6. oder 7. Jahrh. stammenden (Mommsen praef. p. XXXX, Zachariae a. a. O. S. 168), früher in Pisa, gegenwärtig in Florenz in der Laurentianischen Bibliothek (seit 1786, vordem im palazzo vecchio) aufbewahrten Handschrift, nach einer neuen sorgfältigsten Collation wiedergegeben. Von der bezeichneten Handschrift pflegt man diejenigen Handschriften, welche den durch die Glossatoren festgestellten Text enthalten (vgl. hierzu Brinz 2. Aufl. S. 31), als Vulgathandschriften (lectio vulgata) zu unterscheiden. Es ist natürlich für die Kritik des Pandektentextes eine schlechthin entscheidende Frage, ob diesen Vulgathandschriften, von denen keine älter ist als das 11. Jahrh., eine von der Florentinischen Handschrift unabhängige Urhandschrift zu Grunde liegt, oder ob sie sämmlich ihre Quelle in der Florentinischen Handschrift haben. Das Hauptmoment für die Beantwortung dieser Frage ist, daß sich in den Vulgathandschriften eine Reihe von Ergänzungen des Textes der Florentina finden, welche unmöglich auf Conjectur beruhen können (s. Savigny Gesch. d. röm. R. im MA. III S. 455 fg., aber auch Biener das. VII S. 82 fg. und Th. Mommsen Jahrb. des gem. Rechts V S. 416 fg. und praef. p. LXX). Auf Grund dieser Thatsachen nimmt Savigny a. a. O. und mit ihm die bisher herrschende Meinung an, daß allerdings die Vulgathandschriften (ganz oder in einzelnen Theilen) auf einer von der Florentina unabhängigen Urhandschrift beruhen. Dagegen geht die Ansicht, welche jetzt Th. Mommsen (praef. p. XLVI sqq., vgl. dens. Jahrb. d. gem. R. V. 18. Zeitschr. f. RGesch. XII S. 197 Note 2), vertheidigt, dahin, daß auch die Mutterhandschrift der Vulgathandschriften eine Abschrift der Florentina gewesen, daß aber diese Mutterhandschrift aus einer anderen Urhandschrift an einigen wenigen Stellen, welche nicht über das 34. Buch hinausgehen, ergänzt und verbessert worden sei. In Betreff der Conjecturalkritik des Pandektentextes vgl. noch: Huschke zur Pandektenkritik (1875). Amann die Grundsätze der heutigen Pandektenkritik (1878).

gleiche des Codex von P. Krüger[8] gebracht. Eine entsprechende Ausgabe der Novellen ist von R. Schöll begonnen[9].

§ 5.

Die ferneren Quellen des Pandektenrechts sind:

1) das canonische Recht. Recipirt ist aber nur das s. g. Corpus iuris canonici clausum, welches aus folgenden Stücken besteht: a) Decretum Gratiani (concordantia discordantium canonum), eine Privatarbeit eines Camaldulensermönchs aus der Mitte des 12. Jahrhunderts, bestehend aus Sätzen des Verfassers, zu deren Bewahrheitung Stellen aus der heilgen Schrift, den Kirchenvätern, Concilienschlüssen, päpstlichen Decretalen, dem römischen Recht und fränkischen Capitularien citirt werden. Recipirt sind nicht jene Sätze (dicta Gratiani), sondern nur diese Citate, und auch die letzteren nur mit derjenigen Autorität, zu welcher sie in der Kirche selbst gelangt sind[1]. b) Die von Gregor IX. 1234 veranstaltete Sammlung von päpstlichen Erlassen (Decretalen)[1a]. c) Die Decretalensammlung Bonifacius VIII., der s. g. liber sextus, publicirt 1298, bestehend hauptsächlich aus Decretalen von Gregor IX. bis Bonifacius VIII. d) Die s. g. Clementinen, eine Sammlung

[8] Codex Iustinianus. Recensuit Paulus Krueger. Berolini apud Weidmannos 1877. Die erste Lieferung ist 1873 erschienen.

[9] Bisher zwei Lieferungen (1880. 1883), Nov. 1—43.

§ 5. [1] In dieser Beziehung ist zu bemerken, daß nicht das decretum als Ganzes in der Kirche zu gesetzlichem Ansehen gelangt ist. Daher darf keiner in dasselbe aufgenommenen Stelle bloß deßwegen verbindliche Kraft zugeschrieben werden, weil sie in dasselbe aufgenommen ist. Vgl. Schulte Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts I S. 68 fg. — Die einzelnen im decretum Gratiani enthaltenen Quellenstellen werden canones genannt. Das decretum zerfällt in 3 partes. Die erste pars ist in 101 distinctiones eingetheilt; Citirart: z. B. c. 1 Dist. 11. In der zweiten pars werden 36 Rechtsfälle (causae) vorgetragen, bei jedem Rechtsfall werden Fragen (quaestiones) aufgeworfen und auf Grund von canones gelöst; Citirart: z. B. c. 1 C. 13 qu. 2. Nur die 3. quaestio bei der 33. causa, welche einen tractatus de poenitentia enthält, ist zuerst in 7 distinctiones, und diese erst sind in canones eingetheilt; Citirart: z. B. c. 21 Dist. 3 de poenitentia. Die dritte pars ist wieder bloß in (5) distinctiones eingetheilt; zur Unterscheidung von der ersten pars citirt man mit dem Zusatz de consecratione, von welcher Materie die erste distinctio handelt, also z. B. c. 25 Dist. 5 de consecratione.

[1a] Als solche erscheinen auch die von den Päpsten publicirten Concilienbeschlüsse.

von Decretalen von Clemens V., publicirt 1313[2]. — Die in diesen Sammlungen nicht enthaltenen (extravagantes) Decretalen gehören zum Corpus iuris canonici clausum nicht, und sind nie zu allgemeinem Ansehn gelangt[3]. Dagegen sind noch wichtig für das gemeine Civilrecht (hauptsächlich das Eherecht) die Beschlüsse des Tridentiner Concils[4]. — Ausgaben des Corpus iuris canonici: von Böhmer (1747), von Richter (1833—1839), die neueste und beste von Friedberg (1879—1881).

2) Die deutschen Reichsgesetze: Reichsabschiede (R.A.), Reichsschlüsse (R.S., seit 1654) Reichsordnungen (R.O.)[5]. Sammlungen in der Note[6]. Ferner die Gesetze des 1867 und 1870 errichteten neuen deutschen Bundes (Reiches)[6a].

---

[2] Alle drei Decretalensammlungen zerfallen in 5 Bücher (deren Inhalt im Allgemeinen der Memorialvers angibt: iudex, iudicium, clerus, sponsalia, crimen), diese in Titel; die einzelnen in den Titeln enthaltenen Stücke heißen capita. Die Sammlung Gregor IX. wird mit X bezeichnet, welches extra bedeutet (nämlich decretum). Die Sammlung Bonifacius VIII. heißt liber sextus, deßwegen weil sie sich als eine Fortsetzung der früheren Sammlung darstellt. Citirart: c. 1 X. de fide instr. 2. 23; c. 1 in VI° de usuris 2. 9; c. 1 in Clem. de testib. 2. 8, oder cl. 1 de testib. 2. 8.

[3] Es gibt von ihnen zwei Sammlungen. a) Extravagantes Joannis XXII. b) Die s. g. extravagantes communes, von Urban IV. bis Sixtus IV. Schulte a. a. O. II S. 50 fg. Richter Kirchenrecht (Ausgabe von Dove) § 58.

[4] Welches aber nur an denjenigen Orten (in denjenigen Pfarreien) gilt, wo es publicirt worden ist. Vgl. Uihlein Arch. f. civ. Pr. VIII S. 127—129.

[5] Ueber den gemeinrechtlichen Charakter derselben vgl. Stobbe Rechtsquellen II S. 186. deutsch. Privatr. I S. 64. — Die Rheinbundsacte Art. 2 hat zwar aufgehoben: „toute loi de l'Empire germanique, qui a pu jusqu' à présent concerner et obliger Leurs Majestés et Leurs Altesses Sérenissimes les Rois et les princes et le comte dénommés en l'article précédent, leurs sujets et leurs Etats ou parties d'iceux"; aber diese Bestimmung hatte nur die staatsrechtlichen auf den deutschen Reichsverband sich beziehenden Verhältnisse im Auge, und ist von den Regierungen und Gerichten nie in anderem Sinne angewendet worden.

[6] Neue und vollständige Sammlung der Reichsabschiede. Frankfurt 1747. IV. Fol. Gerstlacher Handbuch der deutschen Reichsgesetze in systematischer Ordnung. Karlsruhe 1787—1794. XI. 8. (der 10. Theil enthält das Privatrecht). Emminghaus Corpus Juris Germanici tam publici quam privati academicum. Jena 1824. 2. Aufl. 1844 II. 8.

[6a] Verfassung des deutschen Reichs Art. 2. Eine Aufzählung der für das Privatrecht wichtigsten Gesetze des neuen deutschen Reichs bei Stobbe I § 13, Roth I § 4. Eine systematische Zusammenstellung gibt die sorgfältige

3) Das gemeine deutsche Gewohnheitsrecht. Dasselbe tritt hervor (§ 16) theils in der Uebung des Volkes, theils in der Uebung der Juristen (Rechtsbelehrungen, Rechtsgutachten, Urtheile)[7]. Als Zeugnisse für dasselbe sind wichtig die Schriften, welche das gemeine deutsche Recht in derjenigen Gestalt, in der es praktisch angewendet wird, darstellen wollen[8].

III. Bedeutung des Pandektenrechts.

§ 6.

Die Bedeutung des Pandektenrechts besteht zunächst darin, daß es für einen großen Theil Deutschlands in Ermangelung entgegenstehender particularrechtlicher Bestimmungen mit Gesetzeskraft gilt.

Diese Geltung des Pandektenrechts in Deutschland ist zwar

---

und in jeder Beziehung treffliche Schrift von Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 2. Aufl. 1882.

[7] Consilia, consultationes, responsa, decisiones. Vgl. J. C. C. Schröter repertorium iuris consultatorium in praecipuas decisiones et responsa etc. Lips. 1793. 1794. II. 8. Hempel lexicon iuridico-consultatorium. Francof. et Lips. 1751—1756. X. fol. Litt. A—Ed. Girtanner Repertorium der deutschen civilistischen Praxis für das gemeine Recht. Jena 1855. 8. Nachweisungen der einzelnen Sammlungen in Lipeni Bibliotheca realis iuridica und deren Supplementen (§ 12 Note 1) unter den genannten Worten; eine Uebersicht bei Maurenbrecher deutsches Privatrecht 2. Aufl. I S. 78 fg., Vangerow I § 10a. Die neuere Praxis der obersten deutschen Gerichtshöfe enthält folgende höchst verdienstvolle Sammlung: Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe in Deutschland. Herausgegeben von J. A. Seuffert, seit dem 9. Bande von J. A. Seuffert und E. A. Seuffert, seit dem 12. von Letzterem allein, seit dem 16. von A. F. W. Preusser, seit dem 35. von Schütt. Seit 1847; bisher 40 Bde. Besondere Sammlungen für die neuere Praxis bei Maurenbrecher a. a. O. und Thöl Einl. in das deutsche Privatr. § 21 Note 9. 12, Puchta § 6a Note e, Beseler § 42 Nr. IV. Die Erkenntnisse des Reichsgerichts in: Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes Leipzig. 1880—1884. 11 Bde.

[8] Für die frühere Zeit sind hervorzuheben die Schriften von Bened. Carpzov: Jurisprudentia forensis Romano-Saxonica 1638, Responsa 1642, Decisiones 1646—1656 (Sammlungen praktischer Entscheidungen nicht bloß civilrechtlichen Inhalts, vgl. Stintzing Geschichte der deutsch. RWissenschaft II S. 55 fg.), sodann die § 12 unter A. 6. 7 näher bezeichneten Werke von Schilter und Struk, ferner A. de Leyser Meditationes ad Pandectas, 1717 sqq. XIII voll.

seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts durch Erlaß neuer Gesetzbücher in erheblichem Maße eingeschränkt worden[1]. Aber auch soweit dieß geschehen ist, hat das Pandektenrecht kaum an Bedeutung verloren. Denn die Gesetzbücher, welche an seine Stelle getreten sind, haben zur wesentlichen Grundlage das römische Recht[2], oder doch die Ansichten ihrer Verfasser darüber, was der wahre Inhalt des römischen Rechts und was davon anwendbar sei, so daß sowohl das richtige Verständniß dieser Gesetzbücher, als die Möglichkeit ihrer Verbesserung, eine genaue Kenntniß des römischen Rechts und seiner heutigen Anwendbarkeit zur wesentlichen Voraussetzung hat[2].

---

[1] Für Preußen, mit Ausnahme weniger Gebiete [abgesehen von den neu § 6. erworbenen], gilt das „allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten" (1794), für Oesterreich das „allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie" (1811), für das K. Sachsen das „bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen" (1863. 1865). Außerdem gilt das französische Gesetzbuch für die deutschen Länder am linken Rheinufer, für einen kleinen Theil der rechtsrheinischen Seite der Preußischen Rheinprovinz (das ehemalige Herzogthum Berg), und in einer Uebersetzung mit Zusätzen als „Badisches Landrecht" für das Großherzogthum Baden. Vorbereitungen neuer Gesetzbücher im Großherzogthum Hessen (der Entwurf gedruckt in 4 Abtheilungen, Darmst. 1842—1853) und im Königreich Bayern (ein Theil des Entwurfs gedruckt, München 1861. 1862), so wie ein von einer in Dresden tagenden Commission ausgearbeiteter „Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über die Schuldverhältnisse" (publicirt 1864. 1866), haben zu keinem Resultat geführt. — Das 1756 für Bayern publicirte „Churbayerische Landrecht" (Codex Maximilianeus bavaricus civilis) will auf der einen Seite in der Hauptsache nur den Inhalt des geltenden (gemeinen und statutarischen) Rechts in anderer Ordnung und Sprache wiederholen, und schließt andererseits die subsidiäre Geltung der fremden Rechte nicht aus. — Für das Wechselrecht gilt jetzt in allen deutschen Staaten die „allgemeine deutsche Wechselordnung" (1847), für das Handelsrecht das „allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch" (1861), und zwar in den Staaten des neuen deutschen Reiches als absolutes gemeines Recht. S. das Gesetz des norddeutschen Bundes vom 5. Juni 1869 und die Verträge mit den übrigen deutschen Staaten vom 15. 23. 25. November 1870. Reichsgesetz vom 22. April 1871. — Ein bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich ist seit 1874 in Angriff genommen.

[2] Das ist selbst für das französische Gesetzbuch wahr, in welchem als einem aus der Revolution hervorggegangenen Werke, man am Ehesten einen vollständigen Bruch mit dem früheren Recht zu finden erwarten könnte. Na-

Aber auch abgesehen von einer irgendwelchen, früheren oder gegenwärtigen, gesetzlichen Geltung hat das römische Recht eine nicht hoch genug anzuschlagende Bedeutung für ganz Europa, ja für die ganze civilisirte Welt[3]. Und zwar aus einem doppelten Grunde. Einmal deßwegen, weil sein Inhalt zu einem großen Theil nicht auf der Besonderheit gerade des römischen Volksgeistes beruht, sondern nichts ist, als der Ausdruck allgemein menschlicher Auffassungen allgemein menschlicher Verhältnisse, nur mit einer Meisterschaft entwickelt, welche keine Jurisprudenz und keine Gesetzgebungskunst seitdem zu erreichen verstanden hat — daher unmittelbar verwerthbar, wo civilisirte Menschen zusammenleben[4]. Sodann deßwegen, weil, ganz abgesehen von seinem Inhalt, das römische Recht durch seine formale Ausbildung berufen ist, Muster und Schule des juristischen Denkens und juristischen Schaffens zu sein. Die Begriffe des römischen Rechts sind immer scharf und präcis, und doch sind sie immer elastisch, immer bereit, sich jedem neu auftretenden Lebensbedürfnisse zu öffnen und den Anforderungen desselben in sich Raum zu gewähren; das römische Recht ist immer klar, und doch nie abstract. Wenn einerseits das ältere deutsche Recht Gefahr lief, über der reichen Ausbildung des Details die begriffliche Zusammenfassung desselben zu vernachlässigen, und andererseits der deutsche Geist leicht an der Klippe dogmatischer Abstraction scheitert: so ist gerade für Deutschland das römische Recht ein heilsames Mittel der Zucht gewesen, das, wie es seinen Werth bewährt hat, hoffentlich nie wird mißachtet werden[5].

---

mentlich das Obligationenrecht ist zu einem großen Theil wenig mehr, als ein Auszug aus den verschiedenen traités von Pothier.

[3] Die Modificationen, welche seine Geltung als gemeines Recht für Deutschland bedingen, kommen in dieser Beziehung nicht in Betracht. Es ist dieß nicht sowohl eine Bedeutung des Pandektenrechts, als des im Pandektenrecht enthaltenen römischen Rechts.

[4] Vorzugsweise — obgleich bei Weitem nicht allein — gehören hierher die Sätze, durch welche der Inhalt der Willenserklärungen, der ohne Vergleich wichtigsten Gründe der in den Privatrechtsverhältnissen eintretenden Veränderungen, auseinandergelegt wird. Z. B. was ist der Inhalt eines Kaufgeschäfts, eines Miethgeschäfts? Was heißt Bedingung, Befristung?

[5] Ueber den Werth des römischen Rechts ist seit der Zeit, wo die Entwickelung der neueren Philosophie die unbedingte Verehrung, welche ihm bis

Endlich ist die wissenschaftliche Behandlung, welche dem römischen Recht seit der Wiedererweckung seiner Kunde in dem neueren Europa zu Theil geworden ist, die Grundlage aller Privatrechtswissenschaft, und in gewissem Maße aller Rechtswissenschaft geworden. Das römische Recht hat lange Zeit den weitaus überwiegenden Theil aller rechtswissenschaftlichen Kräfte auf sich vereinigt, und der selbständige Ausbau der übrigen Rechtsdisciplinen, und vor Allem der Disciplin des deutschen Privatrechts, beruht in wesentlichem Maße auf der in dieser Schule gewonnenen Ausbeute nicht bloß von formaler Geistesbildung, sondern auch von materiellen Rechtsbegriffen und Rechtswahrheiten[6].

---

dahin gezollt worden war, durchbrochen hat, viel gestritten worden, und noch jetzt begegnet man Ansichten, welche nach den Extremen auseinanderschwanken. Wenn auf der einen Seite das römische Recht als das absolute Recht gepriesen wird (G. Lenz über die geschichtliche Entstehung des Rechts 1844), hört man auf der anderen Seite versichern, daß dasselbe auf einer principiell verwerflichen Grundlage beruhe (C. A. Schmidt [von Rostock] der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Recht, 1. [einziger] Band 1853). Das römische Recht verdient nicht jenen Preis und nicht diesen Tadel. Das römische Recht ist nicht das absolute Recht; ein absolutes Recht gibt es nicht; auf dem Gebiet des Rechts wie auf allen anderen Gebieten enthüllt sich die Wahrheit nur der fortschreitenden Arbeit des Menschengeistes. Aber das römische Recht ist das Resultat der Rechtsarbeit desjenigen Theils der Menschheit, dem unter allen Völkern, welche bisher in der Geschichte aufgetreten sind, die größte Begabung für die Cultur des Rechts zu Theil geworden war. Das römische Recht ist nicht das Recht, so wenig wie die griechische Kunst die Kunst ist; aber das geistige Kapital der Menschheit ist durch die griechische Kunst nicht in höherem Maße bereichert worden, als durch das römische Recht. Vgl. § 10 Note 4. — Ein richtiges Urtheil über den Werth und die Bedeutung des römischen Rechts zu begründen, ist vor Allem geeignet die von Jhering in seiner Schrift über den Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung (1. Bd. 1852, 2. Bd. 1854. 1858. 3. Bd. 1. Abth. 1865, 2. Aufl. 1866. 1868. 1871, 3. Aufl. 1873. 1874. 1875. 1877, 4. Aufl. 1881. 1883) unternommene, auf die Darlegung der letzten und eigentlichen Gedanken des römischen Rechts gerichtete Arbeit. Außerdem sind aus der hierher gehörigen Literatur noch zu nennen: K. D. A. Röder Grundgedanken und Bedeutung des römischen und germanischen Rechts (1855). Fr. v. Hahn die materielle Uebereinstimmung der römischen und germanischen Principien (1856; der Form nach Gegenschrift gegen die oben genannte Schrift von Schmidt). Vgl. auch die kräftigen und trefflichen Worte von Boretius in der in § 1 Note 3 angeführten Rede.

[6] Vgl. hierzu Sohm in Grünhut's Zeitschr. I S. 268 fg.

IV. Literatur.

§ 7.

Die wissenschaftliche Behandlung des römischen Rechts hat seit ihrer Wiedererweckung in der Schule von Bologna sehr verschiedene Stadien durchlaufen. Es soll hier eine übersichtliche Darstellung der Geschichte ihrer Entwickelung gegeben werden[1].

Was zunächst die Schule von Bologna selbst angeht, so war die Hauptthätigkeit der Lehrer derselben, in Vorlesungen und Schriften, exegetischer Natur; davon (von dem Glossiren des Textes) haben sie ihren Namen Glossatoren. Das Resultat ihrer Arbeit verdient noch jetzt unsere Anerkennung; indem sie nicht bei den einzelnen auszulegenden Stellen stehen blieben, sondern dieselben mit anderen auf den gleichen Gegenstand bezüglichen Stellen des Corpus Juris in Verbindung brachten, haben sie für das Verständniß der Quellen Bedeutendes geleistet. Ihr Mangel besteht darin, daß ihre Behandlungsweise nicht zugleich eine geschichtliche war; es fehlte ihnen in gleichem Maße an geschichtlichen Kenntnissen, wie an geschichtlichem Sinn; für sie war der Inhalt des römischen Rechts nicht das Resultat einer durch Jahrhunderte sich hindurchziehenden Entwickelung, sondern lediglich die Gesetzgebung Justinian's[2].

---

§ 7. [1] Das Nähere ist, was die Zeit bis zum Ende des 15. Jahrh. angeht, erschöpfend dargestellt in dem in § 3 Note 2 genannten Werke Savigny's: Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. Für die folgende Zeit fehlte es bisher an einer genügenden Bearbeitung der juristischen Literaturgeschichte überhaupt und der des römischen Rechts insbesondere. Die Schrift von Hugo: Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts seit Justinian, oder der juristischen und meist civilistischen gelehrten Geschichte (des civilistischen Cursus 6. Band), 3. Aufl. Berlin 1830, ist viel mehr Geschichte der Schriftsteller, als der Wissenschaft. Eingehender wird der wissenschaftliche Charakter der Schriftsteller und ihr Verdienst gewürdigt in: Haubold institutiones iuris Romani litterariae. 1. (einziger) Band. Lipsiae 1809. Jetzt liegt der erste Band einer allen berechtigten Ansprüchen gerecht werdenden Bearbeitung der juristischen Literaturgeschichte vor in: Stintzing Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, München u. Leipzig, 1880. Leider ist das Werk durch den zu frühen beklagenswerthen Tod des Verfassers unterbrochen worden. Was sich im Nachlaß vorgefunden hat, ist unter dem obigen Titel, zweite Abtheilung, herausgegeben worden von E. Landsberg 1884 (bis zur 2. Hälfte des 17. Jahrh.). Zum 1. Bande vgl. Böhlau krit. VJSchr. XXIII S. 523 fg. XXVI S. 1 fg.

[2] Vgl. Savigny a. a. O. V S. 222–240, Stintzing S. 102 fg.,

Mit der zweiten Hälfte des 13. Jahrh. trat, während dieser Mangel fortdauerte, ein Verfall der bisherigen Bestrebungen ein. Derselbe zeigt sich in einem Zwiefachen: zunächst in einem Mißbrauch dialektischer Formen, wodurch an die Stelle des Eingehens auf das Wesen der Sache ein hohler Formalismus gesetzt wurde, sodann darin, daß der Blick sich von den Quellen abwandte und hauptsächlich auf Dasjenige richtete, was Andere, namentlich die Glosse, über die Quellen gesagt hatten; weßwegen man auch die Juristen dieser Periode die Commentatoren zu nennen pflegt[2a]. Dazu kommt eine unerträgliche Weitläufigkeit und Geschmacklosigkeit der Darstellung, welche die Schriften dieser Zeit fast unlesbar macht. Dieser Zustand dauerte durch das 14. und 15. Jahrh. hindurch; die bereits seit dem 14. Jahrh. wieder erwachende und im 15. mit Eifer gepflegte Alterthumswissenschaft blieb zunächst auf die Jurisprudenz ohne Einfluß. Nur durch ihre praktische Richtung, durch das Bestreben, das römische Recht den vorhandenen thatsächlichen Verhältnissen anzupassen, unterscheidet sich die Literatur dieser Zeit zu ihrem Vortheil von der der Glossatorenzeit[3].[4]

Landsberg die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum (Leipzig 1883) S. 23—64. — Unter den Glossatoren sollen hier die namhaftesten derjenigen, von welchen Glossen herrühren, genannt werden; es sind: Irnerius, der Stifter der Schule, um 1100; Bulgarus, Martinus, Jacobus, Hugo, zusammen die quatuor doctores genannt, um die Mitte des 12. Jahrh.; Rogerius, zweite Hälfte des 12. Jahrh.; Placentinus † 1192; Johannes Bassianus, des Vorigen Zeitgenosse; Pillius, etwas später; Azo † nach 1220; Hugolinus † nach 1233. Vgl. Savigny a. a. O. Bd. IV. Bd. V S. 1—262, Landsberg (Note 1) S. 11—22.

[2a] Andere Bezeichnung: die Postglossatoren.

[3] Savigny a. a. O. V S. 225—228. 298. 299. 335. 353—356. VI S. 1—25, Stintzing S. 106 fg., Landsberg S. 64 fg. Vgl. auch Sohm Zeitschr. der Savignystiftung I. Germ. Abth. S. 74, Gierke krit. VJSchr. VIII S. 32 fg. In Betreff der Verdrängung der echten Quellen durch die Glosse ist merkwürdig eine Aeußerung des Commentators Rafael Fulgosius († 1427). „Nostis quanta sit auctoritas glossatoris. Nam heri dixit Cynus, glossam timendam propter praescriptam idolatriam per advocatos, significans quod, sicut antiqui adorabant idola pro diis, ita advocati adorent glossatores pro evangelistis. Volo enim pro me potius glossatorem quam textum. Nam si allego textum, dicunt advocati adversariae partis et etiam iudex: credis tu quod glossa non ita viderit textum sicut tu, et non ita bene intellexit sicut tu?“ (Raf. Fulgosius in l. Si

§ 8.

Seit dem Ausgange des 15. Jahrh. wird die schlechte Manier der Commentatoren angefochten und allmälig verdrängt. Die wissenschaftliche Behandlung kehrt zu den Quellen zurück, und indem die neu erlangte Kunde des Alterthums nun auch für die Rechtswissenschaft verwerthet wird, bricht sich zum ersten Mal das Bestreben Bahn, den Sinn des römischen Rechts auf Grund der Einsicht in seine historische Entwickelung zu begreifen. Der Sitz dieser Bestrebungen ist vorzugsweise Frankreich, weßwegen man auch von einer französischen Schule spricht; der größte Name derselben ist der des Jacobus Cujacius[1]. Neben dieser historischen Richtung macht sich auch bereits eine systematische geltend; nach dieser Seite reiht sich an den Namen des Cujacius ebenbürtig der des Hugo Donellus an[2].

---

in solutum C. de oblig. et act., bei Heineccius hist. iur. § 147). Das ging immer weiter. In einer Stelle aus einem handschriftlichen Werke des 15. Jahrh. (bei Savigny a. a. O. V S. 299 Note g) heißt es: „Scribunt nostri doctores moderni lecturas novas, in quibus non glossant glossas, sed glossarum glossas". Es kam vor, daß in den Vorlesungen während eines Jahres nur 5 Stellen des Corpus Juris behandelt wurden, und es gab Lehrer, die sich mit der Erläuterung einer Titelrubrik zwei Monate beschäftigten. G. Panzirolus de claris legum interpretibus II cap. 4.

[1] Die (für das römische Recht) namhaftesten Commentatoren sind: Odofredus † 1265, Cinus 1270—1336, Albericus de Rosciate † nach 1350, Bartolus 1314—1357, Baldus 1327—1400, Jason 1435—1519. Vgl. Savigny a. a. O. Bd. V in der zweiten Hälfte und Bd. VI.

§ 8. [1] Jacques Cujas, geb. 1522 gest. 1590. Die Beschreibung seines Lebens von Berriat-Saint-Prix steht hinter dessen Geschichte des römischen Rechts, deutsch von Spangenberg (1822). Gesammtausgabe seiner Werke c. Fabroti Paris. 1658. X. f., Neap. 1722 sq. XI. f., das. 1757 XI. f., Venet. et Mut. 1758 sq. XI. f. Dazu: Dominici Albanensis promptuarium universorum operum Jac. Cuiacii. Neap. 1763. II. f., Mut. 1795. II. f. Vgl. Thibaut Arch. f. civ. Pr. XIII S. 193 fg. 452 fg.

[2] Hugues Doneau (d'Onneau? vgl. Aarons Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio I S. 141 Note 71), geb. 1527 gest. 1591. Seine „Commentarii iuris civilis" sind nicht die erste systematische Darstellung des römischen Rechts (schon vor ihnen erschien eine solche unter gleichem Titel von Franciscus Connanus 1553), aber eine Darstellung von der Art, daß sie noch jetzt auf Beachtung vollen Anspruch hat. Das Werk, von dem Verfasser nicht vollendet, ist vollständig erst nach seinem Tode von seinem Schüler Scipio Gentilis herausgegeben worden. S. § 12. B. 2. Gesammtausgaben seiner Werke: c. Pellegrini Lucae 1762 sq. XII. f., Florent. 1840—1847. 8.

Auch in Deutschland sind seit dem Anfang des 16. Jahrh. die systematischen Bestrebungen nicht ohne Erfolg gepflegt worden. Dagegen hat die historische Richtung in Deutschland weniger festen Fuß gefaßt, als in anderen Ländern[3]. Während die Richtung der französischen Schule namentlich in den Niederlanden das 17. und 18. Jahrh. hindurch mit Eifer, freilich nicht immer mit dem nöthigen praktischen Sinne, verfolgt wurde[4], lenkte in Deutschland das Bedürfniß früh das Hauptaugenmerk auf das Bestreben, das römische Recht für die Anwendung in den Gerichten zurechtzumachen. Dieses Bestreben füllt das 16., 17. und 18. Jahrh. aus. Die Schriftsteller dieser Periode, die sog. Praktiker, haben für die tiefere Einsicht in den wahren Sinn des römischen Rechts nicht viel geleistet; ihr Verdienst und ihre Bedeutung liegt aber darin, daß sie dem römischen Recht gegenüber vielfach einheimische und moderne Rechtsanschauungen zur Geltung gebracht haben, wodurch denn das römische Recht diejenige Gestalt erhalten hat, in welcher es in Wirklichkeit bei uns gilt[5]. — Der Einfluß der neueren Philosophie, welche sich in Deutschland seit dem letzten Viertel des 17. Jahrh. geltend macht (Periode des sog. Naturrechts), hat die Ausbildung der allgemeinen

---

Eyssell Doneau sa vie et ses ouvrages. Dijon 1860. (Uebersetzt aus dem Lateinischen von M. J. Simmoneti.) Stintzing Hugo Donellus in Altdorf. Erlangen 1869. Ratjen Zeitschr. f. RGesch. VIII S. 282 fg. — Neben Cujacius und Donellus mögen hier aus der französischen Schule noch genannt werden: Duarenus 1509—1559, Anton. Contius 1517—1577, Barnab. Brissonius 1531—1591, Dionysius Gothofredus 1549—1622, und dessen größerer Sohn Jacobus Gothofredus 1587—1652, der berühmte Commentator des Codex Theodosianus.

[3] Stobbe (§ 1 Note 3) S. 22—44, Stintzing I S. 241 fg. 424 fg. Doch gehört der älteste unter den namhaften deutschen Juristen, Ulrich Zasius 1461—1535, zu den Gründern und Führern der neuen Schule. Vgl. Stintzing I S. 155 fg., und dessen Schrift: Ulrich Zasius, ein Beitrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Zeitalter der Reformation. 1857. Opera omnia Francof. 1590. 1595. 6 Bde., und sonst.

[4] Aus der niederländischen Schule seien hier genannt: Arnold Vinnius 1588—1657, Ulr. Huber 1636—1694, Joh. Voet 1647—1714, Ger. Noodt 1647—1725, Anton Schulting 1659—1734, Ortw. Westenberg 1667—1737 (ein geborener Deutscher).

[5] Vgl. Bruns im Jahrb. des gem. R. I S. 90—92, Stintzing I S. 652 fg. II S. 1 fg.

Begriffe und die systematische Auffassung des römischen Rechts gefördert, er hat auch nicht wenig dazu beigetragen, ein unbefangenes Urtheil über die dem römischen Recht in Deutschland gebührende Stellung zu begründen: auf die tiefere Erkenntniß seines Inhalts hat er eher ungünstig als günstig gewirkt. — Die namhaftesten civilistischen Schriftsteller Deutschlands bis zum Schlusse des 18. Jahrh. sind in der Note[6] genannt.

§ 9.

Eine neue Belebung der Wissenschaft des römischen Rechts und der Rechtswissenschaft überhaupt ging mit der Scheide des 18. und 19. Jahrh. von dem gleichen Punkte aus, von welchem ihr bereits im 16. Jahrh. neues Leben zugeflossen war; es wurde die geschichtliche Betrachtung wieder in ihre Rechte eingesetzt. Das römische Recht wurde wieder erfaßt als das Resultat einer durch lange Jahrhunderte sich hindurchziehenden Entwickelung, und in dieser Entwickelung suchte und fand man den Aufschluß über den wahren Sinn der Bestimmungen des Corpus Juris. Deßwegen heißt auch die neue Schule, welche um die angegebene Zeit aufkam, die historische Schule. Der Grund derselben wurde bereits gelegt durch Gustav Hugo (1764—1844)[1]; ihr größter Name und anerkanntes Haupt ist Friedrich Carl von Savigny (1779—1861)[2]. Von der historischen Schule des 16. Jahr-

[6] Joh. Oldendorp 1480—1567, Joach. Mynsinger 1514—1588, Andreas Gaill 1526—1587, Mathäus Wesenbeck 1531—1586 (ein geborener Niederländer), Hub. Giphanius (van Giffen) 1534—1604, Herm. Vultejus 1555—1634, Joh. Harpprecht 1560—1639, Hieron. Treutler 1565—1607, Rein. Bachov von Echt 1575—1635, Christoph Besold 1577—1638, Matth. Berlich † 1638, Bened. Carpzov 1595—1666, Joh. Brunnemann 1608—1672, David Mevius 1609—1670, Wolfg. Ad. Lauterbach 1618—1678, Ge. Ad. Struve 1619—1692, Joh. Schilter 1632—1705, Sam. Strykk 1640—1701, Christ. Thomasius 1655—1728, J. H. v. Berger 1657—1732, Just. Henn. Böhmer 1674—1749, J. B. v. Wernher 1675—1742, Sam. v. Cocceji 1679—1756, J. G. Heineccius 1681—1741, Augustin v. Leyser 1683—1752, Dav. Ge. Strube 1694—1775, Fr. Es. v. Pufendorf 1707—1785, Ge. Ludw. Böhmer, 1715—1797, Joh. Aug. Hellfeld 1717—1782, Joh. Aug. Bach 1721—1758, Ludw. Jul. Fr. Höpfner 1743—1796, Carl Chr. Hofacker 1749—1793, Ph. Fr. Weis 1766—1808, der Lehrer Savigny's, Chr. Fr. Glück 1755—1831.

§ 6. [1] Vgl. Savigny, der zehente Mai 1788, Zeitschr. f. gesch. RW. IX S. 421 fg.

[2] Savigny hat nicht bloß das Programm der historischen Schule for-

hunderts unterscheidet sich diese neuere historische Schule vornehmlich durch die Energie ihres Bestrebens, die Rechtssätze als das Product der in den thatsächlichen Verhältnissen liegenden Kräfte und Bedürfnisse zu begreifen und auf diesem Wege ihr inneres Leben zu ergründen, und durch die gesteigerte Aufmerksamkeit auf die scharfe Ausprägung der Begriffe und auf den Nachweis des systematischen Zusammenhanges zwischen den einzelnen Sätzen des römischen Rechts. In dieser letzteren Beziehung verdient namentlich genannt zu werden Georg Friedrich Puchta (1798—1846), der bedeutendste unter den Schülern Savigny's[3].

---

mulirt (s. § 10 Note 1), sondern schon vorher hatte er durch die Bearbeitung einer einzelnen Lehre (die Lehre vom Besitze 1803, 6. Aufl. 1836, 7. Aufl. nach des Verf. Tode 1865) ein Muster für die Behandlung des römischen Rechts gegeben. Seine Hauptwerke sind außerdem die bereits genannte „Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter" und sein „System des heutigen römischen Rechts" (§ 11). Vgl. v. Scheurl Einige Worte über Friedr. Carl v. Savigny (1850). Arndts Rede zur Feier des Andenkens an Friedr. Carl von Savigny, gehalten am 31. Oct. 1861, krit. VJSchr. IV S. 1 fg. Heydemann Rede bei der von der juristischen Gesellschaft zu Berlin am 29. November 1861 veranstalteten Savignyfeier, deutsche Gerichtszeitung 1861 Nr. 90. Jhering Friedrich Carl von Savigny, Jahrb. f. Dogm. V. 7 (1861). Stintzing Friedrich Carl von Savigny (1862). Rudorff Friedrich Carl von Savigny. Erinnerung an sein Wesen und Wirken. Zeitschr. f. RGesch. II S. 1—69 (1863). v. Bethmann-Hollweg Erinnerung an Friedrich Carl von Savigny als Rechtslehrer, Staatsmann und Christ, Zeitschr. f. RGesch. VI S. 42 fg. (1867).

[3] Nekrologe dieses für unsere Wissenschaft viel zu früh geschiedenen Mannes von Stahl, Schneider und Wetzell finden sich in der Beilage zur Augsb. allg. Zeitung vom 5. Februar 1846, in den krit. Jahrb. der deutschen RW. 1846 S. 283 fg. und in Huber's Janus 1846 S. 337 fg. (alle auch abgedruckt in der Ausgabe Rudorff's von Puchta's kleinen civil. Schriften). Unter den anderen Schriftstellern, welche dieser Periode und Richtung angehören, sollen nur noch die bedeutendsten unter den bereits Verstorbenen genannt werden; unmittelbare Schüler Savigny's sind sie nur zum Theil. Es sind: Joh. Fr. Ludw. Göschen 1778—1837, Arn. Heise 1778—1851, Joh. Christ. Hasse 1779—1830, Ed. Schrader 1779—1860, Albr. Schweppe 1783—1829, Christian Friedr. Mühlenbruch 1783—1843, Eg. v. Löhr 1784—1851, K. A. Dominicus Unterholzner 1787—1838, C. A. O. Klenze 1795—1838, Friedr. Ludw. (v.) Keller 1799—1860, Ed. Böcking 1800—1869, Karl Adolf v. Vangerow 1808—1870, Wilh. Francke 1803—1872, Adolf Aug. Friedr. Rudorff 1803—1872, Friedr. Bluhme 1797—1877, August von Bethmann-Hollweg 1796—1877,

Die geschichtliche Behandlung des römischen Rechts ist noch jetzt die herrschende. Wenn die historische Schule nicht ohne Oppositionen geblieben ist (§ 10), so ist durch dieselben doch nie die Wahrheit des Satzes in Frage gestellt worden, daß eine erschöpfende Einsicht in das Wesen des römischen Rechts, wie jedes positiven Rechts überhaupt, nur auf dem Wege geschichtlicher Erforschung gewonnen werden kann. Es handelte sich bei diesen Oppositionen um andere Dinge[4].

§ 10.

Die Richtung, welche sich der historischen Schule gleich zu Anfang entgegenstellte, und welche man mit dem Namen der philosophischen Schule bezeichnet hat, stritt mit der historischen Schule nicht sowohl über die Frage nach der richtigen Methode der Erforschung eines gegebenen positiven Rechts, als vielmehr über die Frage, wie ein positives Recht fortzubilden sei; hier betonte die historische Schule mehr das geschichtliche Werden, die sog. philosophische mehr das autonome Machen[1]. Daneben wurde aus der

---

Ludwig Arndts 1803—1878, Karl Georg v. Wächter 1797—1880, Carl Georg Bruns 1816—1880.

[4] Vgl. S. J. Hingst proeve eener geschiedenis der historische school. 1859. Darüber Windscheid krit. VJSchr. II S. 307—309. Vgl. ferner die Bemerkungen bei Pfaff und Hofmann Commentar zum österr. bürgerlichen Gesetzb. I S. 199 fg. Auch Windscheid Nord und Süd IV S. 42 fg. — Die in der Schrift von R. J. Seitz: das praktische Bedürfniß der Rechtsreform gegenüber der historischen Schule (1865) gegen die historische Schule erhobene Polemik kann auf Beachtung keinen Anspruch machen. S. über diese Schrift Bekker krit. VJSchr. VII S. 464—470. Dann wieder Seitz zur Kritik der heutigen Negatorien- und Confessorienklage und damit zur Kritik der herrschenden historischen Rechtsschule (der herrschenden Rechtsdarstellung) im Allgemeinen (1873), und in der Vorrede zu der Schrift: Grundlage einer Geschichte der röm. possessio (1884). Der Verf. darf sich nicht beklagen, wenn seine Art, das „Recht der Gegenwart" zu finden, ohne Beachtung geblieben ist (p. XV das.).

§ 10. [1] Der Gegensatz wurde in aller Schärfe zum Ausdruck gebracht bei Gelegenheit der von Anton Friedrich Justus Thibaut (1772—1840) aufgeworfenen Frage, ob nicht nach der Verjagung der Franzosen aus Deutschland es an der Zeit sei, auch das Joch des fremden Rechts durch Abfassung eines gemeinschaftlichen deutschen Gesetzbuches abzuschütteln. Thibaut bejahte diese Frage („über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutschland" 1814, 3. Ausg. 1840), während Savigny in seiner berühmten Gegenschrift „über den Beruf unserer Zeit für Rechtswissen-

Mitte der philosophischen Schule allerdings auch darauf hingewiesen, daß für die Rechtswissenschaft als praktische Wissenschaft die historische Erforschung nur Mittel zum Zweck, nicht Selbstzweck sein dürfe. Und in der That läßt sich nicht leugnen, daß gerade was das römische Recht angeht nicht alle Vertreter der historischen Schule immer mit gehöriger Bestimmtheit sich zum Bewußtsein gebracht haben, daß die letzte Frage, um welche es sich für uns handelt, nicht die ist, wie das römische Recht zu irgend einer Zeit gewesen ist, sondern die, wie es bei uns heutzutage zur Anwendung zu kommen hat[2].

Eine andere Opposition, welche der historischen Schule in der neueren Zeit erwachsen ist, bezieht sich speciell auf die Herrschaft des römischen Rechts in Deutschland. Man fing an, wie, freilich von einem anderen Standpunkte aus, bereits das Naturrecht gethan hatte, die Berechtigung dieser Herrschaft in Frage zu stellen; man machte geltend, daß das römische Recht ein fremdes Recht sei, daß es zum großen Theil todtes Material enthalte, daß das deutsche Recht durch dasselbe in ungebührlicher Weise verkümmert und zurückgesetzt worden sei[3]. Ein lebhafter Streit, welcher in

schaft und Gesetzgebung" (1814, neu aufgelegt 1828. 1840) der Zeit die Fähigkeit zu einer Gesetzgebung absprach, welche in der Hauptsache doch nichts Anderes sein werde, als eine Redaction des geltenden Rechts; dieses zu erkennen sei die Aufgabe; eine Besserung des vorhandenen Zustandes sei von der Wissenschaft zu erwarten, nicht von der Gesetzgebung. In dieser Schrift ist das eigentliche Programm der historischen Schule enthalten: das Recht wird nicht gemacht, es ist und wird mit dem Volke. Vgl. noch, auch über das im Texte sogleich Folgende, Thibaut über die s. g. historische und nichthistorische Schule, Arch. f. civ. Pr. XXI S. 391 fg. (1838).

[2] Von „Verirrungen der sogenannten historisch-juristischen Methode" sprach bereits im Jahre 1827 Hasse, Rhein. Museum I S. 66.

[3] Hervorzuheben sind hier hauptsächlich zwei Werke: J. F. Kierulff Theorie des gemeinen Civilrechts 1. (einziger) Bd. 1839, und G. Beseler Volksrecht und Juristenrecht 1843. Kierulff verlangte, daß auf Grund der in der Gegenwart eine allgemeine Anerkennung genießenden Principien, gleichviel welches ihre ursprüngliche Quelle sei, ein neues Recht geschaffen werde, welches nicht aus dem Corpus Juris seine Autorität zu empfangen, sondern umgekehrt erst diesem Autorität zu geben habe. Beseler griff den Satz an, durch welchen die historische Schule die Geltung des römischen Rechts in Deutschland, von der doch nicht zu leugnen war, daß sie aus der Gesammtheit des Volkes nicht hervorgegangen sei, vor sich selbst gerechtfertigt hatte, den Satz, daß bei entwickelteren Verhältnissen sich die rechtsproducirende Kraft

Folge davon zwischen „Romanisten" und „Germanisten" entbrannte, hat nicht lange gewährt; der Gegensatz selbst, von welchem jene Opposition ausging, beherrscht noch jetzt die wissenschaftliche Behandlung des römischen Rechts. Denn wenn zwar, wie man mit Zuversicht behaupten darf, unter den Einsichtigen jetzt keine Meinungsverschiedenheit mehr darüber besteht, daß das römische Recht in Deutschland nicht als unberechtigter Eindringling angesehen werden darf, daß es für Deutschland und die ganze moderne Welt dieselbe Bedeutung hat, wie die gesammte antike Cultur, von welcher es ein Zweig ist, daß auch in Betreff des römischen Rechts, wie in Betreff der gesammten antiken Cultur, unsere Aufgabe nicht die ist, es wegzuwerfen und auszuweisen, sondern vielmehr umgekehrt die, es geistig in uns aufzunehmen und durch innerliche Verarbeitung unter Ausstoßung des Widerstrebenden und nicht Assimilirbaren aus einem fremden Rechte zu unserem eigenen zu machen: so läßt sich doch nicht verkennen, daß sich bei den verschiedenen Bearbeitern des römischen Rechts ein verschiedener Grad der Energie des Strebens nach einer solchen Verdeutschung des römischen Rechts bemerkbar macht[4]. Wie weit man übri-

des Volkes aus der Gesammtheit desselben in die Juristen als seine natürlichen Vertreter zurückziehe; Beseler behauptete, daß das Rechtsbewußtsein der Juristen der wahrhafte Ausdruck des nationalen Geistes wohl sein könne, aber nicht nothwendig sei, und daß namentlich das Rechtsbewußsein der deutschen Juristen bei der Reception des römischen Rechts ein solcher Ausdruck nicht gewesen sei. Vgl. § 16 und die folgende Note. Neben Kierulff und Beseler ist noch zu nennen: Bluntschli die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen 1841, 2. Aufl. 1862.

[4] Es liegt auf der Hand, daß es dabei nicht ohne Einfluß sein kann, welche principielle Stellung man zu der von Beseler angeregten Frage (Schluß der vorigen Note) einnimmt. In dieser Beziehung ist Folgendes zu bemerken. Wenn man sagt, das Rechtsbewußtsein der deutschen Juristen sei bei der Reception des römischen Rechts der wahrhafte Ausdruck des nationalen Geistes gewesen, so kann dieß einen doppelten Sinn haben. Man kann damit meinen, daß das im Gefühl der Gesammtheit bereits Lebende sich in dem Geiste der Juristen zur Klarheit der Ueberzeugung erhoben habe; man kann damit aber auch meinen, daß zwar die Gesammtheit einen irgendwelchen rechtlichen Eindruck überhaupt nicht gehabt, sich aber in dem Geiste der deutschen Juristen ein der besonderen Art und Weise gerade des deutschen Volkes entsprechendes, seinem Wesen gemäßes Rechtsbewußtsein ausgebildet habe. Man wird weder in dem einen noch in dem anderen Sinne behaupten dürfen, daß das Bewußtsein der deutschen Juristen von der Geltung des Corpus Juris als

gens auch in diesem Streben gehen mag, für die praktische Anwendung wird, wenn nicht eine heillose Verwirrung entstehen soll, unter allen Umständen festgehalten werden müssen, daß das römische Recht so lange zur Anwendung gebracht werden muß, wie es im Corpus Juris enthalten ist, als sich nicht darthun läßt, daß seine Sätze wegen Mangels der Verhältnisse, auf welche sie sich beziehen, oder weil sie auf einem weggefallenen römischen Princip beruhen, oder weil sie mit einem Grundprincip der heutigen Rechtsordnung in Widerspruch stehen, unanwendbar, oder daß sie durch eine entgegenstehende Rechtsquelle aufgehoben sind.

---

solchen ein nationales gewesen sei; in dem ersten Sinne nicht, weil der Inhalt des Corpus Juris der großen Mehrheit des deutschen Volkes ganz unbekannt war; in dem zweiten Sinne nicht, weil die Juristen eben das Corpus Juris als solches, ohne Unterscheidung zwischen den einzelnen Sätzen, ob sie paßten oder nicht, für verbindlich erachteten. Sie standen dabei unter dem Einfluß einer geistigen Strömung, welche ihre ganze Zeit beherrschte, der widerstandslosen Hingabe an die antike Cultur, deren Glanz das Auge blendete. Diese Hingabe ist eine geschichtliche Thatsache, die sich auf dem Gebiete des Rechts vollzogen hat, wie auf anderen Gebieten; sie ist auch, mit ihren Resultaten gemessen, keine zu beklagende Thatsache, denn sie hat das geistige Besitzthum unseres Volkes in einem nicht hoch genug anzuschlagenden Maße vermehrt; aber eine nationale That war sie, wie sie erfolgte, nicht. Eine nationale That wäre sie gewesen, wenn die Hingabe eben keine widerstandslose gewesen wäre, wenn der Geist der Juristen in der Reception ein deutscher geblieben wäre, nur ein anders geeigenschafteter deutscher. Das aber ist nicht der Fall, er ist in der Reception ein fremder geworden. Erst allmälig hat er sich ermannt und sich auf seine Nationalität gleichsam wieder besonnen: die Juristen haben Hand an's Werk gelegt, die Sätze des Corpus Juris zu sichten, das Fremdartige auszustoßen, das Homogene in das Gefüge des nationalen Rechts einzuarbeiten, kurz das römische Recht aus einem fremden zu einem deutschen zu machen. In dieser Entwickelung sind wir noch jetzt begriffen; vollendet ist sie noch lange nicht. Es läßt sich nicht verkennen, daß sie mehr durch die Beseler'sche Auffassung gefördert wird, deren Folge der Zweifel ist, als durch die hergebrachte, bei welcher die Gefahr eines ungehörigen Quietismus wenigstens nahe liegt. — Jhering Geist des röm. R. I § 1 macht gegenüber dem Princip der Nationalität des Rechts das Princip der Universalität geltend: die Reception des römischen Rechts sei der Ausdruck dieses letzteren Princips; die Völker seien in beständigem geistigen Austausch begriffen, und seien bestimmt zum Austausch. Das ist gewiß richtig; aber es folgt daraus nicht, daß nicht die Eigenart eines jeden Volkes in letzter Linie der Maßstab dafür sein muß, ob etwas mit Fug sein Recht ist oder nicht.

§ 11.

Was die Form der wissenschaftlichen Darstellung angeht, so blieb die exegetische Methode bis in das 17. Jahrh. die herrschende. Von da an wurde es gebräuchlich, das römische Recht zwar nach der Ordnung der Titel der Pandekten, aber in der Weise vorzutragen, daß die in jedem Titel enthaltene Lehre in freier Darstellung abgehandelt wurde (sog. Legalordnung). Das umfassendste Werk dieser Art, welches zugleich als Abschluß der wissenschaftlichen Behandlung des römischen Rechts vor der historischen Schule angesehen werden kann, ist das im folgenden Paragraphen näher zu nennende von Glück. Dazwischen treten auch systematische Darstellungen auf, anfangs vereinzelt; seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts haben sie die Pandektenordnung ganz verdrängt. Denselben wurde zunächst das Institutionensystem zu Grunde gelegt, von den Einzelnen noch in verschiedener Weise ausgebildet. Die Grundlage der jetzt gebräuchlichen und auch in diesem Lehrbuch befolgten Anordnung des Stoffes bildet diejenige, welche zuerst Hugo (Institutionen des heutigen römischen Rechts, 1789) aufgestellt, und Heise (Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts, 1807) näher ausgeführt hat. Das Hauptwerk dieser Richtung ist das leider nur zu einem kleinen Theil vollendete „System des heutigen römischen Rechts" von Savigny (§ 12).

§ 12.

Die bedeutendsten Gesammtdarstellungen des Pandektenrechts[1] sind folgende.

---

§ 12. [1] Eine Uebersicht der exegetischen Arbeiten s. bei Haubold doctrinae pandectarum lineamenta p. 3 sqq. — Zur Auffindung der in anderen Schriften zerstreuten Ausführungen über die einzelnen Stellen des Corpus Juris dienen folgende Werke: C. Ferd. Hommelii corpus iuris civilis cum notis variorum. Lips. 1768. 8. (zu den Institutionen und Pandekten). Ant. Schultingii notae ad Digesta s. Pandectas ed. Smallenburg. Lugd. Bat. 1804—1835. VII. 8. Th. Schimmelpfeng, Hommel redivivus. Cassel 1858—1859. III. 8. — Nachweisungen über die Bearbeitungen der einzelnen Materien findet man in den allgemeinen bibliographischen Werken: Mart. Lipenii Bibliotheca realis iuridica, post. F. G. Struvii et G. A. Jenichenii curas emendata multis accessionibus aucta et locupletata. Lips. 1757. II. f. Mit den Supplementen von Schott 1775, Senkenberg 1789, Madihn 1817—1830, Rössig Repertorium der in den seit

A. Nach der Legalordnung.

1) Mathaei Wesenbecii Paratitla in Pandectas iuris civilis. Bas. 1565. Dann: Commentarius in Pandectas iuris civilis et Codicis Iustinianei libros VIII. Bas. 1589. f. Zuletzt Amstel. 1665. 1668. 4.

2) Jac. Cuiacii Paratitla in libros quinquaginta Digestorum s. Pandectarum. Lugd. 1570. 12., Paris. 1641. 12.

3) Hieron. Treutleri Selectarum disputationum ad ius civile Iustinianeum volumina duo. Marpurg. 1592. 1593. 4. Zuletzt 1649.

4) Justi Meieri Argentoratense collegium. Argent. 1657. III. 4.

5) Ge. Ad. Struvii Syntagma iuris civilis universi, später Syntagma iurisprudentiae secundum ordinem Pandectarum. 1658—1683. Zuletzt Francof. et Lipsiae. 1738. III. 4.

6) Joh. Schilteri Exercitationes ad Pandectarum libros. Jenae 1675—1680. 4. Später unter dem Titel: Praxis iuris Romani in foro Germanico. III. f., zuletzt Francof. 1733.

7) Sam. Strykii Usus modernus Pandectarum. Witenb. 1690—1692. IV. 4., zuletzt Hal. 1746—1780. IV. 4.

8) Ulr. Huberi Praelectiones iuris civilis. Lips. 1707. III. 4., zuletzt Neap. 1784. III. 4.

9) Wolfg. Ad. Lauterbachii Collegium theoretico-

1790 erschienenen praktisch juristischen Sammlungen befindlichen Aufsätze und Fälle. 1802. 8. Ersch Literatur der Jurisprudenz, fortg. von Koppe 1823. 8. Sickel Repertorium über die 1802—1834 erschienenen Sammlungen von juristischen Aufsätzen und Entscheidungen. 1835. II. 4. Kappler juristisches Promptuarium. Ein Repertorium über alle in den Jahren 1800—1837 erschienenen Abhandlungen über die einzelnen Materien aus der gesammten Rechtswissenschaft (mit Ausnahme des Criminalrechts). 2. Ausg. 1827. 8. Schletter Handbuch der juristischen und staatswissenschaftlichen Literatur 1843. 4. Engelmann Bibliotheca iuridica. 1840. 1848. 8. Fortgesetzt von Wutte 1868, von Roßberg 1877. Walther Handlexicon der juristischen Literatur des 19. Jahrh. 1854. 8. Für Dissertationen: Vogel lexicon litteraturae academico-iuridicae 1836—38. II. 8. Eine Darstellung der einzelnen juristischen Materien in alphabetischer Ordnung ist enthalten in folgenden Werken: Weiske Rechtslexicon für Juristen aller deutschen Staaten 1836—1861. XVI. 8. v. Holtzendorff Encyclopädie der Rechtswissenschaft in systematischer und alphabetischer Bearbeitung. 1870. 1871. III. 8. Vierte (bez. dritte) Auflage 1882.

practicum ad quinquaginta Pandectarum libros. Tub. 1690—1711. III. 4., zuletzt (ed. XVI) daſ. 1784. III. 4.

10) Jo. Voetii Commentarius ad Pandectas. tom. I. Lugd. Bat. 1698. f. tom. II. Hag. Com. 1704 f., Hag. Com. 1707. II. f. und daſ. öfter, zuletzt Hal. 1776—1780. VI. 8.

11) Just. Henn. Boehmeri Introductio in ius Digestorum. Hal. 1704. 8., zuletzt (ed. XIV.) daſ. 1791. 8.

12) Jo. Ortw. Westenbergii Principia iuris secundum ordinem Digestorum. Harder. 1712. 8., Lugd. Bat. 1732. 8. und öfter, zuletzt Berol. 1814. II. 8.

13) Ger. Noodtii Commentarius in Pandectas, zu den 4 erſten Büchern Lugd. Bat. 1716. 4., zu Buch 1—27 in Opp. tom. II. Lugd. Bat. 1724 f. und in den ſpäteren Ausgaben ſeiner ſämmtlichen Werke.

14) Jo. Gottl. Heineccii Elementa iuris civilis secundum ordinem Pandectarum. Amst. 1728. 8., zuletzt Lips. 1797. 8.

15) Rob. Jos. Pothier Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae. Paris 1748—1752. III., ib. 1820. V. 4.

16) Jo. Aug. Hellfeld Jurisprudentia forensis secundum Pandectarum ordinem proposita. Jen. 1764. 8., zuletzt daſ. 1806. 8.

17) Chriſt. Friedr. Glück Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld. Erlangen 1790—1830. XXXIV. 8. 2. Ausg. von I—III. daſ. 1797—1807. Fortgeſetzt von Mühlenbruch Bd. XXXV—XLIII. Erl. 1832—1843. Von Fein Bd. XLIV. XLV. Erl. 1851—1853. Sodann haben die Bearbeitung der Bücher 30—32 Arndts, der Bücher 37 und 38 Leiſt, des 39. Buches Burckhardt übernommen. Erſchienen: von Arndts Bd. XLVI. XLVII. XLVIII Abth. 1. 2 (1868—1878), von Leiſt Bd. I—V (1870—1879), von Burckhardt Bd. I—III (1871. 1875. 1881).

18) Jul. Frid. Malblanc Principia iuris Romani secundum ordinem Digestorum. Tub. 1801—1802. I. II. 1. 2. 8.

B. Syſtematiſche Darſtellungen.

1) Franc. Connani Commentariorum iuris civilis libri X. Paris. 1553. II. f., zuletzt Neap. 1724. II. f.

2) Hug. Donelli Commentarii iuris civilis, lib. 1—11.

Francof. 1589. 1590. II. f., l. 12—28 cura Sc. Gentilis. Francof. 1595—1597. III. f. (Buch 17—28 aus den hinterlassenen Papieren des Verf. von Gentilis zusammengestellt). Neue Ausgabe von König und nach dessen Tode von Bucher. Norimb. 1801—1834. XVI. 8. Vgl. Aarons Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio I S. 143—146.

3) Nic. Vigelii Digestorum iuris civilis libri L. Bas. 1568—1571. f. ed. 2ª. 1584 f.

4) Herm. Vulteii Iurisprudentiae Romanae a Iustiniano compositae L. II. Marb. 1590. 8., zuletzt das. 1748. II. 8.

5) Ge. Ad. Struvii Iurisprudentia Romano-Germanica forensis. Jen. 1670. 4., zuletzt Francof. 1771. 8. (der s. g. „kleine Struv". Vgl. Stintzing Geschichte der deutschen RWissensch. II S. 157 fg.).

6) Jean Domat les lois civiles dans leur ordre naturel. Paris 1689—1697. V. 4., zuletzt Paris 1771. II. f.

7) Jo. Henr. de Berger Oeconomia iuris ad usum hodiernum accomodati. Lips. 1712. 4., zuletzt Lips. 1801. 4.

8) Car. Christoph. Hofacker Principia iuris civilis Romano-Germanici. Tub. 1788—98. III. 8., das. 1800—1803. III. 8.

9) Gust. Hugo Institutionen des heutigen Römischen Rechts Berlin 1789. 8. Mit verändertem Titel öfter, zuletzt (7. Ausg.) unter dem Titel: Lehrbuch des heutigen römischen Rechts. Berlin 1826. 8.

10) Ant. Friedr. Just. Thibaut System des Pandektenrechts. Jena 1803. II. 8., 8. Ausg. Jena 1834. II. 8., 9. Ausg., nach des Verf. Tode besorgt durch v. Buchholtz. Jena 1846. II. 8.

11) Gottl. Hufeland Lehrbuch des in den deutschen Ländern geltenden gemeinen oder subsidiärischen Civilrechts. Gießen 1808—1814. II. 8.

12) Albr. Schweppe das römische Privatrecht in seiner Anwendung auf deutsche Gerichte. Altona 1814. III. 8., 4. Ausg. (vom 3. Bande an fortgesetzt von Mejer), Gött. 1828—1834. V. 8.

13) Ferd. Mackeldey Lehrbuch des heutigen römischen Rechts, Gießen 1814, 10. Ausg. das. 1833. II. 8., nach des Verf. Tode zum 11. u. 12. Male herausgegeben von Roßhirt, Gießen 1837—1842. II. 8., zum 13. und 14. Male von Fritz, Wien 1851. 1862.

14) J. N. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. München 1822—1825. III. 8., 5. von J. A. Fritz besorgte Ausg. München 1837. 1838. III. 8. Dazu: Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen von J. A. Fritz. Freiburg 1833—1839. II. 8.

15) Chr. Friedr. Mühlenbruch Doctrina Pandectarum. Hal. 1823—1825. III. 8., ed. 4. ib. 1838. III. 8. Deutsch unter dem Titel: Lehrbuch des Pandektenrechts. Halle 1835—1836. III. 8. Nach des Verf. Tode neu herausgegeben von v. Madai. Halle 1844. III. 8.

16) Joh. Ad. Seuffert praktisches Pandektenrecht. Würzburg 1825. III. 8. Nach des Verf. Tode zum 4. Male herausgegeben von E. A. Seuffert. 1. Band. Würzburg 1860. 2. Band 1. Abth. 1863. 2. Abth. 1867. 3. Band 1871.

17) Ge. Friedr. Puchta Pandekten. Leipzig 1838. Seit der 4. Ausg. herausgegeben von Rudorff, zum 11. Male 1871. Zwölfte Ausgabe besorgt von Schirmer 1876.

18) J. F. C. Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. Aus dessen hinterlassenen Papieren herausgegeben von A. Erxleben. Gött. 1838—1840. III. 8.

19) K. A. von Vangerow Leitfaden für Pandektenvorlesungen. Marb. 1838—1847. III. 8. 6. umgearbeitete Auflage u. d. T.: Lehrbuch der Pandekten. Marb. 1851—1856. III. 8. 7. vermehrte und verbesserte Auflage 1863. 1867. 1869. III. 8.

20) J. F. Kierulff Theorie des gemeinen Civilrechts. 1. (einziger) Band. Altona 1839. 8.

21) C. F. Roßhirt gemeines deutsches Civilrecht. Heidelb. 1840. III. 8.

22) Friedr. Carl von Savigny System des heutigen römischen Rechtes. Berlin 1840—1849. VIII. 8. Dazu als Fortsetzung: Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechtes. Berlin 1851. 1853. II. 8. (unvollendet).

23) Carl Friedrich Sintenis das praktische gemeine Civilrecht. Leipzig 1844—1851. III. 8., 3. Aufl. das. 1869.

24) Ludw. Arndts Lehrbuch der Pandekten. München 1852. 8., 9. Aufl. das. 1877. 8., 10. (1879) und 11. (1883) Aufl. besorgt von Pfaff und Hofmann. Eine italienische, allmälig immer selbständiger werdende Uebersetzung dieses Lehrbuchs von Prof.

Filippo Serafini in Pisa. Quarta edizione interamente rifusa. Vol. I. Parte prima 1883.

25) Al. Brinz Lehrbuch der Pandekten. 1. Abth. Erl. 1857. 2. Abth. 1. Hälfte. daſ. 1860. 2. Hälfte 1. und 2. Liefr. 1868. 1869. 3. und letzte Lieferung 1871. 8. Zweite veränderte Aufl. 1. Band 1873. 2. Band 1. Abth. 1879. 2. Abth. 1882. Dritte durchgeſehene Aufl. 1. Band 1. Liefr. 1884.

26) Fr. Ludw. v. Keller Pandekten. Vorleſungen, aus dem Nachlaß des Verf. herausgegeben von Dr. Emil Friedberg. Leipzig 1861. 8. Neuer Abdruck beſorgt von Lewis, 1866.

27) J. Baron Pandekten. Leipzig. Fünfte Aufl. 1885.

28) Carl Georg v. Wächter Pandekten. Aus ſeinen hinterlaſſenen Papieren herausgegeben von O. v. Wächter. 2 Bde. 1880. 1881.

29) H. Dernburg Pandekten. Bisher 4 Lieferungen. 1884.

Vorzugsweiſe eine Sammlung fremder Meinungen enthält folgendes Werk:

Rud. v. Holzſchuher Theorie und Caſuiſtik des gemeinen Civilrechts. Ein Handbuch für Praktiker. Leipzig 1843—1854. III. 8. Zum 3. Male herausgegeben nach des Verf. Tode von Em. Kuntze. Leipzig 1863—1864. III. 8.

Eine kurze Ueberſicht des Pandektenrechts gibt in geiſtvoller und belehrender Darſtellung Bruns in v. Holtzendorff's Encyclopädie der Rechtswiſſenſchaft I S. 249—372 (1869). Zweite Auflage S. 311—449 (1872). Dritte Auflage S. 333—474 (1876). Vierte Auflage, durchgeſehen von Eck, S. 387—533 (1882).

Von den vielen Grundriſſen zu Pandektenvorleſungen iſt hervorzuheben wegen ſeiner genauen literariſchen Nachweiſungen:

Ed. Böcking Pandekten-Grundriß eines Lehrbuchs des gemeinen auf das römiſche Recht gegründeten Civilrechts. 5. Aufl. 1861. 8.

Zu nennen ſind ferner noch folgende Werke, welche ſich zwar nur auf das reine römiſche Recht beziehen, aber daſſelbe in einer Ausführlichkeit vortragen, welche das bei Pandektenlehrbüchern gewöhnlich eingehaltene Maß nicht nur erreicht, ſondern noch überſchreitet:

Ed. Böcking Inſtitutionen, ein Lehrbuch des römiſchen Privatrechts. 1. Band. Bonn 1843. 8. Zweite Auflage unter dem Titel:

Pandekten des römischen Privatrechts, oder Institutionen des gemeinen Civilrechts. 1. Band. Bonn 1853. 8. 2. Bandes 1. Liefr. Leipzig 1855. 8.

Ferd. Zrodlowski das römische Privatrecht. 1. Band. Prag 1877. 2. Band 1880.

Endlich dürfen nicht übergangen werden zwei Werke, welche, obgleich sie zunächst nur die Bearbeitung eines Particularrechts zum Gegenstande haben, doch auch für das gemeine Recht von ausnehmender Wichtigkeit sind; namentlich das zuerst zu nennende muß zu den bedeutendsten Erscheinungen der juristischen Literatur gerechnet werden.

Carl Ge. (von) Wächter Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts. 2. Band (der erste enthält eine Württembergische Rechtsgeschichte). Stuttgart 1842—1851. (Leider nur der allgemeine Theil!) Dazu von demselben Verfasser: Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Württembergischen Privatrecht. 3 Hefte. Stuttgart 1845. 1846. 8.

J. Unger System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 1. u. 2. Band, enthaltend den allgemeinen Theil, Leipzig 1856. 1859; später wiederholt unverändert abgedruckt. 6. Band, enthaltend das Erbrecht, das. 1864. 2. Aufl. 1871.

§ 12a.

Noch sollen die für das römische Recht wichtigsten (neueren) Zeitschriften genannt werden.

Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, herausgegeben von Savigny, Eichhorn und Göschen (nach des Letzteren Tode trat zuerst Klenze, dann Rudorff ein). Berlin 1815—1850. 15 Bde.

Archiv für civilistische Praxis, herausgegeben zuerst von Gensler, Mittermaier, Schweitzer, gegenwärtig, nach mannichfachem Wechsel, von den Professoren der Tübinger Juristenfacultät Bülow, Degenkolb, Franklin, Mandry. Heidelberg 1818—1885. 68 Bde.

Rheinisches Museum für Jurisprudenz, herausg. von Hasse, später mit und nach ihm von Blume, Puchta, Puggé, Bethmann-Hollweg, Böcking, Unterholzner. Bonn 1827—1835. 7 Bde.

Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, herausg. von

v. Linde, Marezoll, v. Wening-Ingenheim, später von den beiden Ersten und von v. Schröter, zuletzt von v. Linde und Schulte. Gießen 1827—1865. 20 Bde. und neue Folge Bd. 1—22.

Jahrbücher für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts, herausg. von K. u. W. Sell. Braunschweig 1841—1846. 3 Bde.

Archiv für praktische Rechtswissenschaft, herausg. von Elvers, Schäffer, Seitz und Hoffmann, gegenwärtig von Heinzerling, Becker, Buchner, Martin und Weber. Marb. u. Leipzig, später Darmstadt u. Leipzig, 1853—1884. 10 Bde. und neue Folge Bd. 1—14.

Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, herausg. von v. Gerber und Ihering, gegenwärtig von v. Ihering, Unger und Bähr. Jena 1857—1884. 23 Bde.

Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, herausg. von Bekker und Muther, seit dem 3. Hefte des 5. Bandes auch von Stobbe. Leipzig 1857—1863. 6 Bde. Wird, was zu bedauern ist, nicht fortgesetzt.

Zeitschrift für Rechtsgeschichte, herausgegeben von Rudorff, Bruns, Roth, Merkel und Böhlau. Weimar 1861—1878. 13 Bde. Fortgesetzt unter dem Titel: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abtheilung. Weimar 1880—1884. 5 Bde.

Kritische Zeitschriften (neuere) sind:

Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft, herausg. von Richter, dann von Richter und Schneider, zuletzt von Schneider allein. Leipzig 1837—1848. 24 Bde.

Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft, herausg. von Brinckmann, Dernburg, Kleinschrod, Marquardsen, Pagenstecher, von denen Kleinschrod und Pagenstecher später austraten, während Hillebrand und Stintzing hinzutraten. Heidelb. 1853—1859. 5 Bde.

Kritische Ueberschau der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, herausg. von Arndts, Bluntschli und Pözl. München 1853—1859. 6 Bde.

Die beiden letzten Zeitschriften sind jetzt zu folgender vereinigt:

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, herausgeg., unter Mitwirkung von Arndts, Bluntschli, Dernburg, Hillebrand, Marquardsen und Stintzing, von Pözl; seit dem 6. Bande von Pözl und Bekker, seit dem 10. von Pözl und Windscheid, seit dem 3. Heft des 13. Bandes von Pözl und Brinz, gegenwärtig von Brinz und Seydel. München 1859—1885. 27 Bde.

V. Anordnung der Darstellung.

§ 13.

Der Darstellung wird hier die jetzt gebräuchliche Anordnung des Stoffes zu Grunde gelegt. Diese Anordnung beruht auf folgender Betrachtung. Alles Privatrecht hat es mit einem doppelten Gegenstand zu thun; es hat zu ordnen: 1) die Vermögensverhältnisse, 2) die Familienverhältnisse. Die Haupteintheilung des Privatrechts ist also die in Vermögensrecht und Familienrecht. Das Vermögensrecht hat zum Gegenstand: a) die Rechtsverhältnisse an Sachen, b) die Rechtsverhältnisse zwischen Person und Person, Forderungsrechte oder Obligationen[1]. Das Vermögensrecht hat aber noch die fernere Frage zu beantworten, welches das Schicksal des Vermögens eines Verstorbenen sei; der Inbegriff der Grundsätze über diese Frage bildet das Erbrecht.[2] — Nun gibt

§ 13. [1] Vgl. § 38. 39.

[2] Man streitet darüber, ob das Privatrechtssystem ein System der Rechte oder ein System der Rechtsverhältnisse zu sein habe, mit anderen Worten, ob für die natürliche Zusammengehörigkeit der Rechtsregeln der Inhalt der von ihnen verliehenen Rechte, oder die Bedeutung der Lebensverhältnisse maßgebend sei, welche durch die Rechtsregeln geordnet werden sollen (Puchta Rhein. Museum III S. 297 fg. und Institutionen I § 21. 28 fg., Stahl Philosophie des Rechts 3. Aufl. II. 1 S. 293—300; vgl. v. Schröter krit. Jahrbücher IV S. 293, Arndts das. VII S. 196 fg., Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX. 2). Wenn man zugibt, daß der Familie in der sittlichen Ordnung der Dinge eine selbständige Aufgabe gesetzt ist, so wird man eben deßwegen nicht umhin können, die auf dieses Verhältniß bezüglichen Rechtsregeln denjenigen gegenüber, welche das Wollen der Einzelnen als Einzelner zu ordnen bestimmt sind, als natürliche Einheit zu betrachten, und die Besonderheit des Inhalts der durch sie verliehenen Rechte, abgesehen davon, daß diese Besonderheit keineswegs immer vorhanden ist, und z. B. bei den Familien-Vermögensrechten ganz fehlt, jedenfalls nur den untergeordneten Gesichtspunkt

es aber rechtliche Grundsätze nicht bloß über die Rechte besonderen Inhalts, es gibt auch rechtliche Grundsätze, welche sich auf die Rechte als solche, abgesehen von ihrem besonderen Inhalt, beziehen. Es gibt ferner rechtliche Grundsätze, welche das Recht selbst, das s. g. Recht im objectiven Sinne, die Vorschriften, auf welchen die Rechte beruhen, zum Gegenstand haben. Diese letzteren Grundsätze sind zwar nicht privatrechtlicher Natur, sondern gehören dem öffentlichen Rechte an; nichtsdestoweniger empfiehlt es sich, in einer vollständigen Darstellung des Privatrechts auch sie nicht zu übergehen. — Die Grundsätze über das Recht und die Rechte überhaupt müssen vorher vorgetragen werden, ehe von den besonderen Rechten gehandelt werden kann. Hiernach ergibt sich folgende Anordnung.

I. Vom Rechte überhaupt.
II. Von den Rechten überhaupt.
III. Sachenrecht.
IV. Obligationenrecht.
V. Familienrecht.
VI. Erbrecht.

Das Familienrecht vor das Erbrecht zu stellen, ist hergebracht, und rechtfertigt sich durch die Betrachtung, daß das Familienrecht, wie das Sachen- und das Obligationenrecht, es mit den Rechtsverhältnissen der lebenden Person zu thun hat. Die Abtheilungen I und II pflegt man zusammen als „allgemeinen Theil" zu bezeichnen.

---

sein lassen dürfen. Ebenso liegt es aber auch, was das Erbrecht angeht, auf der Hand, daß das Charakteristische desselben nicht in einer Besonderheit des Inhalts der Rechte, von welchen es handelt, besteht (was höchstens für die Erbschaft behauptet werden könnte, gewiß aber nicht für das Vermächtniß), sondern in der Eigenthümlichkeit des zu ordnenden Verhältnisses, darin, daß es sich um das Vermögen eines Verstorbenen handelt, seinen Grund hat. Endlich aber läßt sich auch ein befriedigendes System der Rechtsregeln, welche das Vermögen des Lebenden zum Gegenstand haben, auf die bloße Unterscheidung zwischen dem Inhalt der Rechte nicht bauen. Denn die Anordnung der einzelnen Obligationen nach diesem Gesichtspunkt ist undurchführbar, und den Besitz, welcher kein Recht an der Sache, sondern nur ein Rechtsverhältniß zur Sache ist, verweist dieser Gesichtspunkt in das Obligationenrecht, oder in die Lehre von der Ersitzung — oder in den allgemeinen Theil!

Erstes Buch.

Von dem Rechte überhaupt.

Erstes Kapitel.

Quellen des Rechts.

I. Das Gesetz.

§ 14.

Gesetz ist der Ausspruch des Staates, daß Etwas Recht sein soll[1]. Wer die Befugniß habe, im Namen des Staates diesen Ausspruch zu thun, ist eine Frage, welche nur aus dem besonderen Recht der besonderen Staaten beantwortet werden kann[1a]. In den deutschen monarchischen Staaten steht, wie die gesammte Staatsgewalt, so auch die Gesetzgebungsgewalt dem Fürsten zu[1b]; jedoch

---

§ 14. [1] Wenn Schloßmann der Vertrag S. 169 fg., namentlich S. 186, dem Gesetz die Eigenschaft einer Rechtsquelle abspricht, so versteht er dabei unter Recht nicht das „geltende positive" Recht, sondern das auf freier Erkenntniß und Entwickelung der Principien der „Gerechtigkeit" beruhende „eigentliche" Recht. Gegen diese Unterscheidung ist an und für sich nichts einzuwenden, wohl aber dagegen, daß Schloßmann in bedenklichem Maße für dieses eigentliche Recht doch wieder positive Geltung in Anspruch nimmt. Vgl. § 28 Note 4. Wie das Gesetz behandelt übrigens Schloßmann auch die Gewohnheit. Vgl. was das Gesetz angeht noch § 15 Note 4.

[1a] Die Unanwendbarkeit der römischen Grundsätze über edicta, decreta, rescripta versteht sich da, wo eine Verfassung besteht, von selbst. Wo allein der Wille des Regenten entscheidet, braucht die Verbindlichkeit der von ihm in irgend einer Weise ausgesprochenen allgemeinen Rechtsnormen nicht erst aus dem römischen Recht hergeleitet zu werden.

[1b] Was die Reichsgesetzgebung angeht s. Verfassung des deutschen Reichs Art. 5: „Die Reichsgesetzgebung wird ausgeübt durch den Bundesrath und den Reichstag".

ist derselbe in fast allen bei Ausübung dieser Gewalt an die Zustimmung der Landesvertretung gebunden. Wo dies der Fall ist, ist ein von dem Landesherrn ohne Zustimmung der Landesvertretung erlassenes Gesetz kein gültiges Gesetz, und der Richter darf es seinen Entscheidungen nicht zu Grunde legen[2]. — Damit aber

---

[2] Man hat dieß aus ungenügenden Gründen bestritten; s. namentlich Linde Arch. f. civ. Pr. XVI S. 305 fg. (1833), Bischof Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVI S. 235 fg. 385 fg. XVII S. 104 fg. 253 fg. 448 fg. XVIII S. 129 fg. 302 fg. 393 fg. (1859—61, unvollendet), Martin der Umfang des landesherrlichen Prüfungsrechts hinsichtlich des Entstehens gültiger Gesetze und Verordnungen in den constitutionellen deutschen Bundesstaaten, Celle 1865, neuestens Böhlau Mecklenburg. Landrecht I § 50 und Laband Staatsrecht II S. 43 fg.; gegen den letzteren Gierke in Schmoller's Jahrb. VII. 4. Heft S. 90 fg. Für die Bejahung außerdem namentlich: H. A. Zachariae Staatsrecht II § 175 Note 11, Gneist Soll der Richter auch über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz verfassungsmäßig zu Stande gekommen? Gutachten für den 4. deutschen Juristentag. Berlin 1863, Planck Jahrb. f. Dogm. IX S. 288 fg. (1868, im Besonderen gegen die zuvor genannte Schrift von Martin). Die fernere Literatur findet man am vollständigsten in den Aufsätzen von Bischof, s. auch Roth deutsches Privatr. I § 48 Note 1. Eine Darstellung der Verhandlungen des 3. und 4. deutschen Juristentags über diese Frage in der Schrift von Martin. — Indem der Richter ein ohne die Zustimmung der Landesvertretung erlassenes Gesetz zurückweist, stellt er sich nicht über den Staat, was er unter keinen Umständen darf, sondern über einen Willen, welcher sich für den Staatswillen ausgibt, ohne es zu sein. Wenn die Verfassung für die Ausübung der gesetzgebenden Gewalt die Zustimmung der Landesvertretung erfordert, so heißt das nicht, daß die gesetzgebende Gewalt ohne dieselbe nicht ausgeübt werden dürfe, sondern daß sie ohne dieselbe nicht ausgeübt werden könne. (Planck S. 305 fg.) Ist, wie in den meisten deutschen Staaten, der Regierung das Recht gegeben, Gesetze mit provisorischer Geltung auch ohne die Zustimmung der Landesvertretung zu erlassen, so kann diese Bestimmung nur auf solche Gesetze Anwendung finden, welche sich als provisorische auch zu erkennen geben. (Planck S. 341 fg.) Nur dann ist dem Richter die Cognition über das verfassungsmäßige Zustandekommen des Gesetzes nicht gestattet, wenn ihm dieselbe durch die Verfassung selbst entzogen ist (wie z. B. durch die Preußische Verfassung von 1850 Art. 106, s. ferner Oldenburg 1852 Art. 141 und die Angaben bei Planck S. 324 fg.). — Im Einzelnen bleiben Schwierigkeiten. 1) Hat der Richter auch die Legitimation der Abstimmenden, die Verhandlungsform, Abstimmung, Stimmenzählung, Anwesenheit der erforderlichen Anzahl von Mitgliedern zu prüfen? Nein; das sind „interna corporis"; für den Richter genügt die Thatsache der Zustimmung der Landesvertretung. Gneist S. 24. 25, Planck S. 364 fg. 2) Wie ist es, wenn eine Verfassung einseitig aufgehoben und

der Ausspruch des Staates wirklich Recht schaffe, ist ferner erforderlich, daß er in gehöriger Weise bekannt gemacht worden sei. In welcher Weise die Bekanntmachung (Verkündigung, Publication) zu erfolgen habe, ist wieder eine Frage, welche nur nach den dafür in jedem einzelnen Staate bestehenden Normen beantwortet werden kann[2a].

Ist es streitig, ob ein Gesetz erlassen oder gehörig publicirt worden sei, so treten nicht diejenigen Regeln ein, welche maßgebend sind, wenn eine Thatsache zwischen den in einem Rechtsstreite sich gegenüberstehenden Parteien bestritten ist[3]. Es gilt vielmehr der Satz, daß der Richter das Recht von Amtswegen zu kennen und zur Anwendung zu bringen habe. Kann freilich nach Lage der Umstände die Kenntniß des bestrittenen Gesetzes von dem Richter nicht verlangt werden, so ist es an der Partei, welche sich auf das Gesetz beruft, ihm die nöthige Wissenschaft von dem Gesetz zu verschaffen, wenn sie will, daß es der Entscheidung des Rechtsstreites zu Grunde gelegt werde[4].

---

auf Grund der octroyirten Verfassung eine Ständeversammlung berufen worden ist? „Wie für den Einzelnen, so ist für die Staatsgewalten diese Seite der Frage transcendent — Gewissensfrage". Gneist S. 30—32. — Eine besondere Stellung zu der hier behandelten Frage nimmt ein v. Stockmar Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. X S. 18 fg. S. 213 fg. (1853). Er behauptet, daß die Frage nur aus dem besonderen Rechte der einzelnen Staaten beantwortet werden könne, und sich aus dem gemeinen deutschen Staatsrecht höchstens eine Präsumtion für die Bejahung oder Verneinung derselben (er sagt nicht, ob für diese oder jene) herleiten lasse. — In Betreff der Praxis s. Seuff. Arch. IV. 250, V. 225, XXVI. 99, XXXII. 101, XXXVIII. 199 (RG.). — Rechtszustand zur Zeit des alten Reichs: Gneist S. 12—19. Englisches Recht: das. S. 8—12.

[2a] Verfassung des deutschen Reichs Art. 2. „Die Reichsgesetze erhalten ihre verbindliche Kraft durch ihre Verkündigung von Reichswegen, welche vermittelst eines Reichsgesetzblattes geschieht". Art. 17. „Dem Kaiser steht die Ausfertigung und Verkündigung der Reichsgesetze zu."

[3] Iura novit curia. Namentlich gilt also nicht der Satz, daß der Richter das von der Gegenpartei bestrittene Gesetz, trotz seines Wissens von der Geltung desselben, seinem Urtheil nicht zu Grunde legen dürfe, bis die behauptende Partei die Geltung bewiesen habe; was für bestrittene Thatsachen allerdings Grundsatz ist. Seuff. Arch. VIII. 226, XI. 1.

[4] Aber dieser Beweis steht nicht unter den processualischen Regeln vom Beweise der Thatsachen. Savigny I S. 187 fg., Bayer Vorträge S. 682 fg., Wetzell Civilproc. § 20 Nr. 2. Vgl. unten § 17 Note 2. Seuff. Arch. I.

II. Gewohnheitsrecht*.

A. Begriff und Grund seiner Verbindlichkeit.

§ 15.

Unter Gewohnheitsrecht versteht man dasjenige Recht, welches, ohne vom Staate gesetzt worden zu sein, thatsächlich geübt wird. In der Uebung tritt hervor die Ueberzeugung der Uebenden, daß das, was sie üben, Recht sei, und in dieser Ueberzeugung liegt der Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts[1]. Denn die

---

127, IV. 92, VIII. 85, IX. 210. 248, XI. 208, XVIII. 101, XXI. 90, XXV. 1. 112, XXVI. 215. CPO. § 265.

* G. Fr. Puchta das Gewohnheitsrecht. 2 Theile (1828. 1837). Savigny System I § 8 fg. 18. 25. 27 (1840). G. Beseler Volksrecht und Juristenrecht (1843). Recension dieser Schrift von G. Fr. Puchta in den Jahrb. für wissensch. Kritik 1844 Nr. 1—4, auch besonders abgedruckt Berlin 1844. Entgegnung Beseler's, Leipzig 1844. Brinckmann das Gewohnheitsrecht im gemeinen Civilrecht und Civilproceß und die Handelsüsancen 1. (einziger) Bd. (1847). Fr. Adickes zur Lehre von den Rechtsquellen (1872). Dazu Brinz krit. VJSchr. XV S. 162 fg. und Dahn Zeitschr. f. deutsche Gesetzg. VI S. 553 fg. Sturm Recht und Rechtsquellen S. 1 fg. 153 fg. (1883). Zitelmann Arch. f. civ. Pr. LXVI S. 324 fg. (1883). Sintenis I § 3, Wächter I § 22, ders. Württ. Privatr. II § 9. 10, Unger I § 5. 6 (dazu Dworzak Haimerl's österr. VJSchr. VII S. 68 fg.). Beseler § 29—36, Stobbe I § 21—23, Roth I § 44. Goldschmidt Handbuch des Handelsrechts I § 35, Roth Bayrisches Civilrecht I § 9, Böhlau Mecklenburg. Landrecht I § 43. 52—55, Pfaff u. Hofmann Commentar zum österr. bürgerl. Gesetzbuch I S. 230 fg.

[1] Dieß ist die herrschende Ansicht über den Grund der verbindenden § 15. Kraft des Gewohnheitsrechts (correct ausgedrückt: des als Rechtssatz dauernd geübten Satzes); sie ist begründet worden durch Savigny, ihrer Ausführung ist das citirte Werk von Puchta gewidmet. Eine eingehende Darstellung des gegenwärtigen Standes dieser Ansicht mit ihren verschiedenen Färbungen und Schwankungen (Rechtssinn oder Rechtsgefühl; Rechtswille; Ueberzeugung, daß der geübte Satz gerecht, oder Recht in und an sich selbst sei) gibt Zitelmann S. 374 fg (364 fg.). — Früher, ehe durch die historische Schule eine tiefere Auffassung der Entstehung des Rechts zur Herrschaft gelangt war, suchte man für die Geltung des Gewohnheitsrechts einen äußeren Anhalt, und fand denselben vorzugsweise (auch der Begriff der Autonomie [§ 19] wurde herbeigezogen, vgl. Beseler § 29 Note 3) in der stillschweigenden Genehmigung des Gesetzgebers. Diese Ansicht, am eingehendsten bekämpft von Puchta, ist auch gegenwärtig noch nicht ganz beseitigt; für dieselbe haben sich seit Savigny wieder ausgesprochen namentlich: Maurenbrecher deutsch. Privatr. I § 19,

letzte Quelle alles positiven Rechts ist die Vernunft der Völker; wie für den Einzelnen, so ist für die Völker in letzter Instanz ihre Vernunft das Maß der Dinge[1a]. Die Rechtsvernunft der Völker kann aber in doppelter Weise Recht begründen, mittelbar und unmittelbar. Mittelbar begründet sie Recht durch Vermittelung der Gesetzgebung[1b]. Unmittelbar begründet sie Recht eben auf dem Wege der Uebung[2]. Und zwar ist diese letztere Art der

---

Kierulff S. 13, Reinh. Schmid Richter's Jahrb. 1844 S. 395 fg., E. Meier die Rechtsbildung in Staat und Kirche (1861, s. über und gegen diese Schrift Regelsberger krit. VJSchr. IV S. 321 fg.), und neuestens Bruns in v. Holtzendorff's Encyclopädie I § 7. Es steht aber dieser Ansicht jedenfalls für Staaten, in welchen die Ausübung der Gesetzgebungsgewalt verfassungsmäßig an bestimmte Voraussetzungen gebunden ist, das bisher nicht widerlegte Argument entgegen, daß durch eine solche Verfassungsbestimmung die stillschweigende Aeußerung des gesetzgeberischen Willens als unzulässig ausgeschlossen ist. S. auch Zitelmann S. 361 fg. — Der letztgenannte Schriftsteller verwirft nicht bloß die Gestattungs-, sondern auch die Ueberzeugungstheorie (eine beachtenswerthe Kritik derselben S. 412 fg.). So bleibt ihm nichts übrig, als auf die Angabe eines Grundes für die Geltung des Gewohnheitsrechts zu verzichten: es gilt eben, weil es geübt wird. Zitelmann stellt nur neben das Geübtsein die Wahrscheinlichkeit des künftigen Geübtwerdens, und bestimmt den Begriff der Geltung in eigenthümlicher Weise („Geltung eines Rechtssatzes ist nichts an sich"; Geltung ist die in dem „correct denkenden Menschen" erzeugte Vorstellung der Geltung; diese Vorstellung erzeugt sich aber aus dem beobachteten längeren thatsächlichen Herrschen des Satzes, und aus der Erwartung seines künftigen thatsächlichen Herrschens). Auf Angabe eines Grundes für die verbindliche Kraft des Gewohnheitsrechts verzichtet auch Dernburg S. 57. — Die Quellen führen die verbindliche Kraft des Gewohnheitsrechts zurück auf den tacitus consensus, die tacita conventio civium oder populi, § 9. 11. I. de iure nat. 1. 2, l. 32 §. 1 l. 35 D. de legib. 1. 3, vgl. Ulp. § 4. (Andere Stellen, in welchen die verbindende Kraft des Gewohnheitsrechts im Allgemeinen anerkannt wird, sind: l. 32–34. 36–39 D. de legib. 1. 3, 1–3 C. quae sit longa consuet. 8. 52 [53].)

[1a] Das ist deßwegen nicht weniger wahr, weil die Vernunft, wie der Einzelnen, so der Völker im gegebenen Fall eine schlechte Vernunft sein kann.

[1b] Vgl. hierzu Puchta a. a. O. I S. 142–143. 161 unt. 182, Stahl Rechtsphilosophie II. 1 S. 237. 238; andererseits Bierling zur Kritik der juristischen Grundbegriffe 1. Th. (1877), 2. Th. (1883) S. 351 fg.

[2] Sie begründet Recht auf dem Wege der Uebung. Die nicht geübte Rechtsüberzeugung ist nicht Recht. Nach der Ansicht Savigny's und Puchta's, für welche sich neuerdings wieder Stobbe § 22, Böhlau a. a. O. S. 271. 325, Adickes a. a. O. S. 42 fg. 59. 60, Dahn a. a. O. S. 567, Thöl Handelsrecht 5. Aufl. I S. 38. 42, erklärt haben, soll die Uebung (Ge-

Begründung ursprünglich bei jedem Volke die praktisch wichtigere; eine ergiebigere Gesetzgebung gehört erst einer späteren Bildungsstufe der Völker an. In gleichem Maße, wie dann die Gesetzgebung sich entwickelt, tritt das Gewohnheitsrecht in den Hintergrund; die Bildung einer das gesammte Volk umfassenden Rechtsüberzeugung wird bei der größeren Entwickelung der Verhältnisse, bei dem Wachsen der die Einzelnen trennenden Unterschiede, immer schwieriger; das Gewohnheitsrecht zieht sich hauptsächlich in kleinere Kreise des Volkes, geographische oder Berufskreise, zurück[3], oder

wohnheit) nur Erkenntnißmittel des, also auch vor ihr schon vorhandenen, Rechts sein. Aber mit Recht ist von Anderen (s. namentlich Stahl Rechtsphilosophie II. 1 S. 238. 239, Wächter I S. 103. Württ. Privatr. II S. 33 Note 9, Sintenis a. a. O. Anm. 9, Unger a. a. O. S. 37. 38, vgl. auch Zrodlowski Röm. Privatr. I S. 31 fg.) dieser „spiritualistischen" Auffassung gegenüber die Bedeutung der Uebung als wesentlicher Entstehungsform des Rechts betont worden. Nicht nur daß die nicht geübte Rechtsüberzeugung als ein rein Innerliches nicht in Betracht kommen kann, sondern es ist auch die nicht in der Uebung zum Ausdruck gelangte Rechtsüberzeugung ihrer Qualität nach zur Begründung von Recht nicht ausreichend. Nicht die bloß theoretische Rechtsüberzeugung schafft Recht, sondern nur diejenige, deren Energie groß genug ist, um bestimmend auf die Gestaltung der Rechtsverhältnisse einzuwirken. (Die Kraft dieses Arguments wird von Zitelmann S. 413 unterschätzt.) — Möglicherweise kann die Bedeutung der Uebung eine noch größere sein. Sie kann möglicherweise die rechtliche Ueberzeugung erst begründen (s. in dieser Beziehung namentlich Beseler Volksrecht und Juristenrecht S. 76—79, deutsch. Privatr. § 33—35; noch weiter geht Kierulff § 2 zu Anf.). In untergeordnetem Maße, für Detailbestimmungen und Bestimmungen von relativer Gleichgültigkeit, wird dieß auch von Savigny (I S. 35—37) zugegeben (anders Puchta a. a. O. II S. 5 fg.); in der Natur der Sache liegt aber nichts, was nöthigte, bei dieser Beschränkung stehen zu bleiben (vgl. auch Sintenis I § 3 Anm. 9. 10). Denn der Macht der Thatsache, welche sich eine längere Zeit hindurch zu behaupten im Stande gewesen ist, vermag sich kein menschliches Gemüth zu entziehen; was lange Zeit gewesen ist, erscheint uns bloß deßwegen, weil es gewesen ist, als Recht. Die Frage kann daher nur die sein, ob eine Uebung ohne vorhergehende Ueberzeugung von ihrer rechtlichen Nothwendigkeit auch in Betreff anderer als der von Savigny bezeichneten Sätze sich überhaupt bilden könne. Diese Frage ist für die regelmäßigen Fälle gewiß zu verneinen; aber sie unbedingt zu verneinen, fehlt es an allem Anhalt (vgl. § 16 Note 3). Vgl. Adickes a. a. O. S. 30 fg.

[3] Im ersten Fall liegt ein particuläres Gewohnheitsrecht vor, während in dem zweiten Fall das Gewohnheitsrecht deßwegen nicht weniger ein gemeines ist, weil es nicht für alle Glieder des Volkes gilt. — Eine besondere Abhandlung über das particuläre Gewohnheitsrecht ist die von Guyet Arch.

nimmt die vermittelte Gestalt des Juristenrechts an, wovon sogleich näher. So ist für die heutige Zeit die Gesetzgebung die bei weitem bedeutendste Rechtsquelle; das Gewohnheitsrecht nimmt dem Gesetzesrechte gegenüber nur einen untergeordneten Raum ein[4].

B. Erfordernisse der Entstehung des Gewohnheitsrechts.

§ 16.

Was zur Entstehung eines Gewohnheitsrechts erforderlich ist, ergibt sich aus dem Vorhergehenden. Es muß eine Uebung vorliegen, in welcher der Ausdruck einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung des Volkes, oder des kleineren Kreises des Volkes, für welchen das Gewohnheitsrecht behauptet wird, gefunden werden kann. Dazu gehört im Einzelnen Folgendes. 1) Die Uebung muß nicht aus anderen Motiven hervorgegangen sein, als eben aus der Ueberzeugung ihrer rechtlichen Nothwendigkeit. 2) Sie muß nicht eine bloß vereinzelte gewesen sein, worin schon von selbst das weitere Erforderniß einer gewissen Dauer derselben liegt[1].

---

für civ. Pr. XXXV S. 12 fg. (1852). Ueber die Handelsüsance s. Goldschmidt Handbuch des Handelsrechts I § 35. 36, Laband Zeitschr. f. Handelsr. XVII S. 466 fg.

[4] S. auch § 18 Note 4. — Kommt dem Gewohnheitsrecht auch nur eine untergeordnete Dignität dem Gesetzesrechte gegenüber zu? Nach der Ansicht von Savigny und Puchta gebührt umgekehrt dem Gewohnheitsrecht der erste Rang. Böhlau a. a. O. lehrt jetzt („vielleicht etwas paradox", wie er selbst hinzufügt), daß nur das Gewohnheitsrecht Recht sei, das Gesetz sei bloß Staatswille. Andererseits macht sich in der neueren Zeit eine Reaction gegen die „Abgötterei mit dem Gewohnheitsrecht" geltend. Bruns in v. Holtzendorff's Encyclopädie I § 7. S. ferner Jhering Geist des röm. R. II § 25 und vgl. auch denselben in seiner Schrift: der Kampf um's Recht (Wien 1872) S. 12 fg., ferner Pfaff und Hofmann a. a. O. S. 127 Note 6. Jn der That wird man nicht übersehen dürfen, daß das Gewohnheitsrecht nur der Ausdruck der Totalexistenz der Uebenden in ihrer zufälligen historischen Bestimmtheit ist, während das Gesetz auf bewußter Abwägung der Gründe und bewußter Erfassung der zu erreichenden Ziele beruht.

§ 16. [1] Eine wie große Anzahl von Uebungsacten, und welche Dauer der Uebung erforderlich ist, darüber kann eine durchgreifende Regel nicht aufgestellt werden. Jn den Quellen wird im Allgemeinen longa, inveterata, diuturna, antiquitus probata et servata tenaciter consuetudo, longaevus usus verlangt (l. 32 § 1 l. 33. 35 D. de leg. 1. 3, l. 2. 3 C. quae sit longa cons. 8. 52 [53]). Die Glossatoren wollten eine nähere Bestimmung aus der Lehre von der Verjährung entnehmen, und diese Ansicht hat in c. 11 X de consuet.

3) Sie muß eine gleichförmige gewesen sein, d. h. die Acte der Uebung müssen nicht durch Acte der Nichtübung, oder Acte einer entgegengesetzten Uebung aufgewogen werden[2]. 4) Die der Uebung zu Grunde liegende Ueberzeugung muß die wahre Ueberzeugung der Uebenden gewesen sein, d. h. sie darf nicht auf Irrthum beruht haben[3]. Wenn aber gewöhnlich 5) auch das noch verlangt

---

1. 4, c. 3 in VI° eod. 1. 4, c. 9 in VI° de off. ord. 1. 16, c. 50 X. de elect. 1. 6 einen gesetzlichen Ausdruck gefunden; es heißt, die consuetudo müsse praescripta, legitime oder canonice praescripta sein. Die heutige Unanwendbarkeit dieser Bestimmung darf nicht, wie von Einigen geschieht, darauf gestützt werden, daß die Bestimmung nicht privatrechtlicher Natur ist; denn der Satz, daß nur die privatrechtlichen Bestimmungen der fremden Rechte recipirt seien, ist unhaltbar (§ 2 Note 2 a. E.). Aber man geht nicht zu weit, wenn man jene Bestimmung des canonischen Rechts als durch die Praxis beseitigt ansieht, vgl. Puchta a. a. O. II S. 101; Seuff. Arch. III. 255. 256. 291. 292, XIX. 211. Ueber die verschiedenen Ansichten s. Puchta a. a. O. II S. 97 fg., Kierulff S. 11, Savigny I S. 154. — Uebrigens ist es in der Natur der Sache begründet, daß eine um so längere Dauer der Uebung erfordert werden muß, je mehr in einem gegebenen Falle anzunehmen ist, daß erst aus der Uebung eine rechtliche Ueberzeugung hervorgegangen sei. S. Note 3 und Beseler § 33 g. E.

[2] Consuetudo tenaciter servata, iugiter observata, l. 3. C. quae sit longa cons. 8. 52 [53], l. 3 pr. C. de priv. schol. 12. 29 [30]. Vgl. l. 34 D. de R. I. 50. 17: — „quid ergo si neque regionis mos appareat, quia varius fuit"? Puchta a. a. O. II S. 89 fg.

[3] Was aber Irrthum sei und was nicht, darf nicht mit dem Maße unserer Erkenntniß, die wir uns einem behaupteten Gewohnheitsrecht gegenüber prüfend verhalten, sondern muß mit dem Maße der Erkenntniß der Uebenden selbst gemessen werden; es muß offenbar sein, daß, wenn die Uebenden auf das, was uns als Irrthum erscheint, aufmerksam gemacht worden wären, auch sie es als Irrthum erkannt haben würden. Ferner ist zu bemerken, daß eine irrige Ueberzeugung selbst dieser letzteren Art sich im Laufe der Zeit in eine wahre Ueberzeugung verwandeln kann, indem sie sich von dem Grunde des Irrthums, auf welchem sie beruht, loslöst; ja es wird der naturgemäße Proceß sein, daß die späteren Generationen den Satz nicht mehr aus dem irrigen Grunde üben, aus welchem seine Uebung ursprünglich begonnen hat, sondern daß dieser Grund in Vergessenheit geräth, und sie den Satz üben als hergebrachten, und deßwegen, weil er hergebracht ist, sie überzeugt sind, daß sein Inhalt Recht sei. Jedoch bedarf es für diese Entwickelung naturgemäß einer längeren Zeit; nicht sogleich bei den Ersten, welche eine auf Irrthum beruhende Rechtsübung ohne Bewußtsein ihres irrigen Grundes wiederholen, wird eine Ueberzeugung von ihrer Rechtmäßigkeit angenommen werden dürfen; dazu ist erforderlich, daß den Uebenden nicht bloß

wird[4], daß der Inhalt der Uebung kein unvernünftiger sei, so kann dieser Satz nur mit der doppelten Maßgabe anerkannt werden, daß er einmal nur auf particuläre Gewohnheiten bezogen, und sodann, daß unter Unvernünftigkeit nicht Unzweckmäßigkeit, sondern Widerstreit mit den Grundlagen der staatlichen und sittlichen Ordnung verstanden werde[5]. —

Im Uebrigen kann die Uebung, in welcher das Gewohnheitsrecht zum Dasein gelangt, entweder die Uebung des Volkes selbst

---

die Thatsache der Uebung, sondern auch eine gewisse Dauer dieser Thatsache gegenüberstehe. Jedenfalls nur in diesem Sinne ist wahr der Ausspruch der l. 39 D. de leg. 1. 3: „Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet", von welcher Stelle es übrigens außerordentlich zweifelhaft ist, ob sie wirklich irrthümliche Uebungen für kraftlos erklären will („non ratione", „in aliis similibus"). Die verschiedenen Ansichten der Schriftsteller sind mit Sorgfalt zusammengestellt von Zitelmann S. 349 (hinzuzufügen jetzt Wendt Jahrb. f. Dogm. XXII S. 324 fg.). — Ist das Gesagte richtig, so vermag diejenige Uebung Recht nicht zu begründen, welche ihren Grund in der irrigen Annahme hat, daß der geübte Satz durch eine Rechtsquelle (Gesetz oder Gewohnheit) vorgeschrieben sei. So Seuffert Arch. I. 309, XII. 91, und Entscheidungen des RG. I S. 313 u. 324, II S. 182, III S. 210 (Seuff. Arch. XXXVI. 254), VII S. 67; s. andererseits III S. 174. A. M. Zitelmann a. a. O. (für welchen die Frage nach dem Einfluß des Irrthums auf die Bildung eines Gewohnheitsrechts den Ausgangspunkt seines Angriffs auf die herrschende Meinung bildet), obgleich doch auch von der Auffassung Zitelmann's aus gefragt werden muß, ob der „correct denkende Mensch" die künftige Anwendung des bisher geübten Rechtssatzes noch für wahrscheinlich halten wird, wenn er den irrthümlichen Grund seiner Uebung erkannt hat?

[4] Auf Grund von l. 2 C. quae sit longa cons. 8. 52 [53], Nov. 134 c. 1 i. f., c. 10. 11 X. de cons. 1. 4.

[5] Unvernünftigkeit in dem ersten Sinne des Wortes ist ein viel zu unbestimmter Begriff, als daß ihm irgend welche praktische Anwendbarkeit zugestanden werden könnte. Ein allgemeines Gewohnheitsrecht aber enthält, wie auch immer sein Inhalt beschaffen sein mag, jedenfalls die Vernunft dieses Volkes, und daher sein Recht. — Was die in der vorigen Note genannten Stellen angeht, so war die Zeit, in welcher sie geschrieben sind, der Entstehung allgemeiner Gewohnheiten nicht günstig, und so läßt sich annehmen, daß sie nur particuläre Gewohnheiten im Auge haben. Im Uebrigen s. das in Note 1 Bemerkte. Ueber die verschiedenen Ansichten vgl. Puchta a. a. O. II S. 49 fg., Savigny I S. 176 fg., Kierulff S. 13, E. Meier die Rechtsbildung in Staat und Kirche (1861) S. 29—31, Böhlau S. 333. 337 fg., Goldschmidt Handbuch des Handelsrechts I § 35 Note 34. Seuff. Arch. I. 307, X. 2.

sein, welches nach gewissen Normen seine Lebensverhältnisse einrichtet, oder die Uebung der Juristen, welche in Urtheilen und Rechtsgutachten gewisse Normen zur Anwendung bringen (Praxis, Gerichtsgebrauch)[6]. Die Juristen sind deßwegen, weil sie in der Beschäftigung mit dem Rechte einen besonderen Beruf haben, nicht weniger Glieder ihres Volkes und nicht weniger des in dem Volke lebenden Geistes theilhaftig; in ihnen bildet sich zugleich, eben weil sie der Pflege des Rechts ihre ausschließliche oder vorzugsweise Thätigkeit zuwenden, ein rechtliches Bewußtsein leichter aus, als in den übrigen Gliedern des Volkes, und so sind die Juristen in den Zeiten, in welchen die rechtserzeugende Kraft in der Gesammtheit des Volkes abnimmt (§ 15), in dieser Beziehung die natürlichen Vertreter der Gesammtheit. Zwar ist es nicht zu verkennen, daß, wie in den besonderen Ständen überhaupt, so auch in dem Juristenstande geistige Strömungen sich geltend machen können, von denen die übrigen Glieder des Volkes nicht, oder nur theilweise berührt werden, und daß in dieser Weise die Juristen ein Rechtsbewußtsein haben können, welches der Gesammtheit des Volkes mehr oder minder fremd ist[7]. Aber einmal liegt doch ein Gegengewicht gegen diese Gefahr darin, daß der Juristenstand kein abgeschlossener Stand ist, Niemandem es verwehrt ist, in denselben einzutreten, und er also mit der Gesammtheit des Volkes

---

[6] Jordan Arch. f. civ. Pr. VIII S. 191 fg. (1825). W. Müller civilistische Abhandlungen Nr. 5 (1833). Puchta a. a. O. I S. 161 fg. II S. 15 fg. Savigny I § 14. 19. 20. Wächter Arch. f. civ. Pr. XXIII S. 423 fg. (1840). Sintenis I S. 26 fg. Thöl Einleitung in das deutsche Privatr. § 54. 55. Beseler Volksr. und Juristenr. Cap. 10—12. deutsch. Privatr. I § 34—36. Stobbe I § 24. — Keller § 3 leugnet den Gerichtsgebrauch als Rechtsquelle ganz. Ein Recht der Praxis in einem ganz besonderen Sinne (ein Satz werde Rechtssatz schon dadurch, daß er in einem einzigen richterlichen Urtheil angewandt worden ist), nimmt Thöl Handelsr. I § 14 5. Aufl. an.

[7] Diesen Satz hat namentlich Beseler (Volksr. u. Juristenr. S. 71 fg.) der älteren historischen Schule gegenüber hervorgehoben. Savigny und Puchta stellen es nicht als das normale, sondern als das ausnahmslose Verhältniß dar, daß das Rechtsbewußtsein der Juristen der getreue Spiegel des Volksgeistes sei. Dieß bestreitet Beseler, und meiner Ansicht nach mit Recht; so auch Wächter gem. Recht Deutschlands S. 114, Stobbe I S. 134 (153). Die Streitfrage ist mit specieller Beziehung auf die durch die Juristen vollzogene Reception des römischen Rechts in Deutschland aufgeworfen und verhandelt worden. Vgl. § 10 Note 3. 4.

fortwährend in unmittelbarer Verbindung bleibt; und sodann ist zu bemerken, daß, wenngleich wirklich in einem gegebenen Fall das im Bewußtsein der Juristen entstandene und von ihnen geübte Recht in dem Bewußtsein der Gesammtheit des Volkes ursprünglich keine Wurzeln hat, doch durch die Dauer seiner Uebung auch in dieser Gesammtheit sich das Bewußtsein ausbilden wird, daß das als Recht Geübte, eben weil es geübt wird, Recht sei, so daß es also als Gewohnheitsrecht so lange anerkannt werden muß, als es nicht durch eine von der Gesammtheit ausgehende, entgegenstehende gewohnheitsmäßige Rechtsproduction aufgehoben ist[s].

C. Erkenntniß des Gewohnheitsrechts*.

§ 17.

Erkannt wird das Gewohnheitsrecht theils unmittelbar aus den Acten seiner Uebung, theils mittelbar durch glaubwürdige Zeugnisse über sein Bestehen[1]. Auch die Acte seiner Uebung können

[s] Von dem durch die Uebung der Juristen entstehenden Gewohnheitsrecht sind diejenigen Rechtssätze zu unterscheiden, welche die Juristen durch wissenschaftliche Behandlung der vorhandenen Rechtssätze finden (§ 22). Was die Juristen in dieser Weise finden, ist kein neu erzeugtes Recht; es war schon früher vorhanden, es ist nur aufgedeckt worden. Ob es aber wirkliches Recht ist, was sich ihnen als Resultat ihrer wissenschaftlichen Operationen ergibt, hängt lediglich von der Richtigkeit dieser Operationen ab, und darüber steht jedem folgenden Juristen und namentlich jedem Richter ein freies Urtheil zu. (Seuff. Arch. I. 210.) Es kann jedoch auch der auf wissenschaftlichem Wege gefundene Rechtssatz im Laufe der Zeit zum wirklichen Gewohnheitsrecht werden, wenn er nämlich als solcher, ohne Bewußtsein von den wissenschaftlichen Gründen, aus welchen er zuerst aufgestellt worden ist, dauernd geübt wird. — Puchta nennt das auf wissenschaftlichem Wege gefundene Recht passend „wissenschaftliches Recht", während Savigny diesen Ausdruck zur Bezeichnung des in der Thätigkeit der Juristen überhaupt hervortretenden Rechts (wissenschaftliches Recht und Gewohnheitsrecht) gebraucht. Diesen letzteren Begriff bezeichnet Puchta durch den Ausdruck „Juristenrecht", welchen Ausdruck aber Andere auf das juristische Gewohnheitsrecht beschränken. Vgl. Beseler § 29 Note 2, Stobbe § 22 Note 11. — Vgl. noch Pfaff u. Hofmann Commentar zum österr. bürg. Gesetzb. I S. 282 fg., Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 184 fg.

* Puchta a. a. O. II S. 120 fg. 151 fg., Beseler Volksrecht und Juristenrecht S. 108 fg., Savigny I § 30.

§ 17. [1] In l. 34 D. de leg. 1. 3 wird als eine hauptsächliche Quelle der Erkenntniß des Gewohnheitsrechts seine Feststellung contradicto iudicio, d. h. durch ein auf contradictorische Verhandlung, und dadurch veranlaßte Unter-

entweder unmittelbar, durch eigene Anschauung, erkannt werden, oder mittelbar, aus glaubwürdigen Zeugnissen Anderer. Besondere juristische Regeln für die Erkenntniß des Gewohnheitsrechts gibt es nicht; der Richter hat die Ueberzeugung über das Bestehen eines Gewohnheitsrechts nach denselben Grundsätzen zu schöpfen, nach denen eine menschliche Ueberzeugung überhaupt geschöpft wird. Stehen dem Richter die gehörigen Erkenntnißmittel nicht zu Gebote, so ist es an Demjenigen, welcher sich auf das Gewohnheitsrecht beruft, ihm dieselben zu verschaffen; aber es gelten für den Beweis eines Gewohnheitsrechts die Regeln des Civilprocesses über den Beweis von Thatsachen ebenso wenig, wie sie für den Beweis eines Gesetzes gelten[2].

D. Kraft des Gewohnheitsrechts*.

§ 18.

Die Kraft des Gewohnheitsrechts ist die gleiche, wie die eines Gesetzes. Das Gewohnheitsrecht vermag daher das bestehende Recht nicht nur zu ergänzen, sondern auch aufzuheben[1]. Dieß gilt nicht

suchung, ergangenes Urtheil bezeichnet. Ein solches Urtheil hat außer dem, daß es selbst eine Uebung des Gewohnheitsrechts enthält, die Kraft eines glaubwürdigen Zeugnisses für dasselbe. Seuff. Arch. II. 1, V. 99; vgl. auch VI. 130. Eine andere Auslegung der cit. l. 34 bei Böhlau Mecklenb. Landrecht I S. 329. — Nov. 106 enthält die Bestätigung des Gewohnheitsrechts auf Grund der darüber von kundigen Personen gemachten Aussagen. Vgl. Seuff. Arch. I. 310, II. 251, VII. 290. 345, IX. 202, XIII. 2. 204, XVI. 183. — Schöffenweisthümer. Rechtsbücher. Einen Anhalt gewähren auch Rechtssprichwörter; doch sind sie mit Vorsicht zu gebrauchen.

[2] Die früher geltende Ansicht band die processualische Geltendmachung eines Gewohnheitsrechts an die gleichen Voraussetzungen, wie die processualische Geltendmachung von Thatsachen; der Richter sollte ein Gewohnheitsrecht seinem Urtheil nur unter den gleichen Bedingungen zu Grunde legen dürfen, wie die, von denen es abhange, ob er seinem Urtheil eine Thatsache zu Grunde legen dürfe. Diese Ansicht ist jetzt, namentlich in Folge der Ausführungen Puchta's, beseitigt. Doch ist eine Beweisauflage in Betreff des Gewohnheitsrechts nicht ausgeschlossen. Vgl. Vangerow I § 17 Anm., Sintenis I S. 45 fg., Böhlau Mecklenb. Landr. I § 55, Goldschmidt Handbuch des Handelsrechts I S. 342 fg. (2. Aufl.). Aus der Praxis: Seuff. Arch. III. 256, VI. 130, X. 124, XIII. 204. 205, XVII. 110, XVIII. 101, XIX. 211, XXV. 1. 113. Vgl. § 14 Note 3. 4 und Citate daselbst. Beweis durch Eideszuschiebung: Seuff. Arch. VII. 139, X. 4, XVIII. 102. CPO. § 265.

* Puchta a. a. O. II S. 199 fg., Savigny I S. 194 fg.

[1] L. 32 § 1 D. de leg. 1. 3: — „quare rectissime etiam illud re- § 18.

nur von dem Verhältniß des Gewohnheitsrechts zu anderem Gewohnheitsrecht, sondern auch von seinem Verhältniß zum Gesetzesrecht[1a]. Nur kann particuläres Gewohnheitsrecht keinen gemeinrechtlichen zwingenden, d. h. die individuelle Willkür ausschließenden, Rechtssatz (§ 30) aufheben, mag er auf Gewohnheitsrecht oder auf Gesetz beruhen; der allgemeine Wille kann eben nur durch den allgemeinen Willen überwunden werden[2]. Keine Kraft hat das Gewohnheitsrecht, so weit es durch Gesetz für unverbindlich erklärt ist[3.4].

---

ceptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur". Wenn hier nur von der Aufhebung eines Gesetzes schlechthin, nicht auch von der Aufhebung durch Begründung eines entgegenstehenden Rechtssatzes die Rede ist, so liegt es auf der Hand, daß in der letzteren kein größerer Eingriff in die verbindende Kraft des Gesetzes enthalten ist, als in der ersteren. Anwendungen der desuetudo in § 7 I. de iniur. 4. 4, l. un. pr. C. de cad. toll. 6. 51, Nov. 89 c. 15.

[1a] A. M. Adickes (§ 15 Note*) S. 70 fg. Vgl. auch Stobbe I § 23 Note 1.

[2] Indem die l. 26 § 1 C. de usur. 4. 32 (vgl. l. 1 pr. D. eod. 22. 1) das Zinsmaß beschränkt, verbietet sie dem Richter ausdrücklich, auf ein entgegenstehendes örtliches Gewohnheitsrecht Rücksicht zu nehmen. Von einem particulären Gewohnheitsrecht ist auch zu verstehen die in einer anderen Beziehung schon oben betrachtete l. 2 C. qnae sit longa cons. 8. 52 [53]. „Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem". Vgl. c. 11 X de consuet. 1. 4. Ueber die verschiedenen Versuche, welche gemacht worden sind, diese Stelle mit der in der vorigen Note genannten zu vereinigen, s. Puchta a. a. O. II S. 203 fg. und Vorlesungen I Beil. I, Savigny II Beil. II, Vangerow I § 16 Anm., krit. VJSchr. VII S. 133 fg., Brinz 2. Aufl. § 33 Note 4, Wächter I S. 110, Böhlau Mecklenb. Landrecht I S. 334. 337. Der Codexstelle gibt im Sinne Justinian's den Vorzug Zoll Jahrb. f. Dogm. XIII S. 416 fg. Seuff. Arch. XXXIII. 92. — Guyet Arch. f. civ. Pr. XXXV S. 18 fg. behauptet, particuläres Gewohnheitsrecht dürfe sich mit keinem gemeinrechtlichen Satze in Widerspruch setzen, und will davon l. 2 cit. verstehen. Ebenso Goldschmidt Handbuch des Handelsr. I § 35 Note 35.

[3] In den ersten Auflagen dieses Lehrbuchs habe ich das Gegentheil gelehrt; ich war der Meinung, daß dieses Gegentheil als nothwendige Consequenz der jetzt herrschenden Ansicht über den Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts hingenommen werden müsse. „Das Gesetz kann nicht bestimmen, daß Recht nicht Recht sei; es kann ebensowenig einem künftigen Gewohnheitsrecht die Kraft nehmen, wie einem künftigen Gesetz". So auch Puchta Vorlesungen I S. 33. 454, allerdings bis in die jüngste Zeit der

Autonomie*. — Observanz.

§ 19.

Die Gesetzgebung ist, wie im § 14 bemerkt wurde, Attribut des Staates. Es kann aber vorkommen, daß für einen engeren

einzige Schriftsteller, welcher das Gewohnheitsrecht auch gegen ein verbietendes Gesetz zu schützen den Muth gehabt: neuestens haben K. Maurer krit. VJSchr. XIV S. 49 (1871) und Zrodlowski das röm. Privatrecht I S. 19–24 (1877) sich zu der gleichen Ansicht bekannt, s. auch Wendt Jahrb. f. Dogm. XXII S. 326. 327. Einer Widerlegung des bezeichneten Arguments bin ich zwar nicht begegnet; dennoch halte ich es nicht mehr für unüberwindlich. Wenn ein Gesetz etwa bestimmen wollte, daß jedes über die vom Gesetz geordnete Materie künftig zu erlassende widersprechende Gesetz unverbindlich sein solle, so würden damit der Gesetzgebung nicht die Hände gebunden sein, dennoch Widersprechendes zu bestimmen, aber sie müßte allerdings zu diesem Ende das die Geltung eines künftigen Gesetzes ausschließende Gesetz (ausdrücklich oder stillschweigend) aufheben (oder für den speciellen Fall des neuen Gesetzes außer Kraft setzen); ohne dieß wäre freilich das neue Gesetz nicht im Stande, Recht zu begründen. Der Gesetzgeber kann das bestehende Recht aufheben; aber er kann nicht bewirken, daß bestehendes Recht nicht bestehendes Recht sei. So verhält es sich auch mit dem Gewohnheitsrechte. Ein Gesetz, welches die verbindliche Kraft künftiger Gewohnheiten ausschließt, kann, wie durch Gesetz, so auch durch Gewohnheit aufgehoben werden; aber so lange dieß nicht geschehen ist, ist es Rechtens, daß die in der Gewohnheit hervorgetretene Rechtsüberzeugung nicht Recht sei. Einem solchen Gesetze gegenüber reicht also nicht hin die Uebung einer Rechtsüberzeugung überhaupt, sondern es muß außerdem vorliegen die Uebung der Rechtsüberzeugung, daß das Gesetz nicht gelte. So auch Dahn Zeitschr. f. deutsch. Gesetzgeb. VI S. 583. Dawider Zrodlowski a. a. O., ohne mich zu überzeugen. Vgl. noch Pfaff und Hofmann Commentar zum österr. bürg. Gesetzb. I S. 216. 236 Nr. 3.

[4] Die neueren Gesetzgebungen sind dem Gewohnheitsrechte nicht günstig. Das HGB. (Art. 1) gesteht ihm nur suppletorische Kraft zu; ebenso das Preußische Landrecht (Einleit. § 3. 4), soweit es nicht den Provinzialgesetzbüchern einverleibt ist. Das Oesterreichische Gesetzbuch (§ 10) läßt Gewohnheitsrecht nur da gelten, wo sich ein Gesetz auf dasselbe beruft. Das Badische Landrecht (Satz 6d) schreibt dem Gewohnheitsrechte nur die Kraft eines Interpretationsmittels für den muthmaßlichen Willen des Gesetzgebers oder der Vertragspersonen zu, und nur für diejenigen Fälle, „wo die Art und Weise in dem Umfange und Gebrauch eines Rechts in Frage steht". Nach dem Sächsischen bürgerl. Gesetzbuche § 28 ist das Gewohnheitsrecht nur Interpretationsmittel für den Willen der Parteien. Nicht günstiger sind übrigens dem Gewohnheitsrechte die deutschen Stadt- und Landrechte seit dem 16. Jahrh. Vgl. Stobbe I S. 145. Vgl. auch noch Goldschmidt Handbuch des Handelsr. I § 35 Note 36.

* Wilda u. d. W. „Autonomie" in Weiske's Rechtslexikon I S. 539 fg.

Kreis ein Wille, welcher nicht der Staatswille ist, Rechtsnormen zu begründen im Stande ist. In diesem Falle spricht man von Autonomie. Eine solche Autonomie bestand in Deutschland früher, bei noch unentwickelteren staatlichen Verhältnissen, in umfassenderem Maße als heutzutage. Namentlich kamen in dieser Beziehung die Gemeinden in Betracht, deren Autonomie gegenwärtig, wo sie überhaupt noch besteht, sehr zusammengeschrumpft, und jedenfalls aus dem Gebiete des Privatrechts fast überall ganz verwiesen ist[1]. Dagegen gilt noch heutzutage die Autonomie der Familien des hohen Adels[2] im Betreff ihrer Vermögens- und Familienverhältnisse[3]. Auch von einer den Corporationen überhaupt zustehenden Autonomie muß insofern geredet werden, als die verbindende Kraft der Statuten, welche die Corporationen sich geben, aus Vertragsgrundsätzen nicht in genügender Weise erklärt werden kann[4]. Eine

(1849). Gerber Arch. f. civ. Pr. XXXVII S. 35 fg. (1854). Gegen Gerber: K. Maurer krit. Ueberschau II S. 229 fg. (1855) und Jolly krit. Ueberschau VI S. 330 fg. (1859); dagegen wieder Gerber Jahrb. f. Dogm. S. 411 fg. (1859). Beseler § 26—28, Stobbe I § 19. 20, Roth I § 43. Böhlau Mecklenburgisches Landrecht I § 56—60.

§ 19. [1] Eine vollständige Autonomie auf dem Gebiete des Privatrechts haben gegenwärtig noch die beiden Mecklenburgischen Städte Rostock und Wismar. Böhlau a. a. O. § 59. Vgl. auch das. § 57 Note 10.

[2] Garantirt durch die Bundesacte Art. 14: nach den „Grundsätzen der früheren deutschen Verfassung". Die der ehemaligen Reichsritterschaft zugesicherten ähnlichen Befugnisse sollen „nur nach der Vorschrift der Landesgesetze ausgeübt" werden.

[3] Gerber a. a. O., welcher den Begriff der Autonomie als einer objective Rechtsnormen erzeugenden Quelle (für das heutige Recht) ganz verwirft, sieht auch in diesen Dispositionen des hohen Adels nur Rechtsgeschäfte, durch welche in Anwendung des geltenden Rechts lediglich subjective Berechtigungen verliehen werden. Dagegen Jolly und Maurer a. a. O. Dafür ein Erk. des OAG. zu München vom Jahre 1873 in Seuff. Arch. XXIX. 1.

[4] Die entgegengesetzte Meinung wird neuerdings namentlich von Stobbe und Böhlau a. a. O. (S. 125. 347) vertheidigt. Man sagt: die neu in die Corporation Eintretenden schließen durch ihren Eintritt einen stillschweigenden Vertrag mit den in der Corporation Befindlichen ab. Wie aber, wenn die in der Corporation Befindlichen von dem Eintritt des neuen Mitgliedes nichts wissen? Man muthet hier doch dem Begriff des stillschweigenden Vertrages mehr zu, als er leisten kann. Ferner: eine von den Organen der Corporation vorgenommene Veräußerung von Corporationsgut wird, wenngleich vollkommen verfassungsmäßig, durch den Widerspruch eines Corporationsgliedes nichtig, wenn dasselbe bloß vertragsmäßig gebunden ist: so gut wie,

hergebrachte Bezeichnung für die durch Autonomie getroffene Bestimmung ist Statut.

Die der Autonomie entsprechende, gewohnheitsrechtliche Bildung pflegt man Observanz zu nennen[5].

Zweites Kapitel.

Auslegung und wissenschaftliche Behandlung des Rechts*.

I. Auslegung und wissenschaftliche Behandlung des Rechts überhaupt.

Begriff der Auslegung. Wissenschaftliche Auslegung und sog. Legalinterpretation.

§ 20.

Auslegung ist Darlegung des Inhalts des Rechts. Der Inhalt des Rechts kann mehr oder minder offenbar sein; je weniger er offenbar ist, desto bedeutender ist die Aufgabe der Auslegung.

Gewöhnlich spricht man nur von Auslegung der Gesetze.

---

wenn Jemand die Veräußerung seiner eigenen Sache einem Anderen vertragsmäßig gestattet hat, sein Widerspruch gegen die Veräußerung ihn zwar zum Schadensersatz verpflichtet, aber die Veräußerung nicht weniger nichtig macht. Darin besteht eben das Wesen der Corporation, daß der Wille des Corporationsgliedes nicht bloß dem Willen der Genossen gebunden ist, sondern, und zwar in erster Linie, der Wille Aller dem über ihnen schwebenden Gesetze. Vgl. Brinz Pand. 1. Aufl. S. 1016 fg., Pfaff u. Hofmann Commentar zum österr. bürg. Gesetzb. I S. 262 fg.

[5] Der Ausdruck wird aber auch in anderen Bedeutungen genommen. Vgl. Puchta Gewohnheitsr. II S. 105 fg., Savigny I S. 98 fg., Beseler § 33, Böhlau a. a. O. § 65, Bähr Urtheile des Reichsger. S. 18 fg. Vgl. § 136 Note 9.

* Thibaut Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts (1799. 2. Aufl. 1806). Hufeland Geist des röm. Rechts I. 2 S. 1—205 (1815). Lang Beiträge zur Hermeneutik des röm. Rechts (1857). Kierulff S. 18 fg., Savigny I § 32—51, Vangerow I § 23—25, Wächter I § 26. Württemb. Privatr. II § 12—14. 23—26, Unger I § 10—14, Thöl Einleit. in das deutsche Privatr. § 55—66, Pfaff und Hofmann Commentar zum österr. bürg. Gesetzb. I S. 166 fg.

Das ist zu enge; auch die Sätze des Gewohnheitsrechts sind der Auslegung fähig und bedürftig. Nur freilich nicht ganz in demselben Sinne, wie die Gesetze; bei den Gesetzen hat die Auslegung eine Aufgabe und eine nächste Aufgabe, welche bei den Sätzen des Gewohnheitsrechts wegfällt. Gesetze sind in Worten formulirte Rechtssätze; die nächste Frage ist hier: welchen Sinn hat der Gesetzgeber mit den von ihm gebrauchten Worten verbunden? Diese Frage kann bei den Sätzen des Gewohnheitsrechts, da ihre Erscheinungsform nicht die der menschlichen Rede ist, nicht aufgeworfen werden. Aber wenn bei den Gesetzen der Sinn, welchen der Gesetzgeber mit den von ihm gebrauchten Worten verbunden hat, festgestellt ist, so erhebt sich eine zweite Auslegungsfrage, und diese ist auch bei den Sätzen des Gewohnheitsrechts anwendbar. Darüber das Nähere in § 22[1].

Die Auslegung kann entweder auf dem Wege freier Untersuchung erfolgen, oder durch einen Rechtssatz. Nur die erste Art der Auslegung ist eigentliche Auslegung; die zweite ist in Wirklichkeit Setzung neuen Rechts mit Hinzufügung der Bestimmung, daß das gesetzte neue Recht als bereits in einem früheren Rechtssatze enthalten angesehen werden solle[2]. Jedenfalls ist hier nur von der ersten Art der Auslegung zu handeln. Dieselbe ist aber nicht sowohl eine Wissenschaft, welche gelehrt werden kann, als eine Kunst, welche gelernt werden muß; die Theorie kann nur auf die leitenden Gesichtspunkte aufmerksam machen.

Grammatische und logische Auslegung. (Gesetzes-) Analogie.

§ 21.

Die Auslegung der Gesetze hat es, wie bemerkt wurde, zuerst zu thun mit der Feststellung des Sinnes, welchen der Gesetz-

§ 20. [1] Jedoch wird von Anderen die Beantwortung dieser Frage zur Auslegung nicht gerechnet; s. den citirten § 22. Folgt man diesem Sprachgebrauche, so bezieht sich allerdings die Auslegung nur auf Gesetze.

[2] Man gebraucht auch für die Auslegung durch Rechtssatz weniger den Ausdruck Auslegung, als den Ausdruck Interpretation; man sagt gewöhnlich Legalinterpretation. Je nachdem der feststellende Satz ein gesetzlicher oder ein gewohnheitsrechtlicher ist, theilt man die Legalinterpretation ein in die authentische und in die usuelle Interpretation. Beispiele der letzteren bei

geber mit den von ihm gebrauchten Worten verbunden hat. Vorbedingung dazu ist, daß vorher die von dem Gesetzgeber gebrauchten Worte selbst festgestellt seien; dies zu thun ist die Aufgabe der Kritik[1].

Bei der Feststellung des Sinnes, welchen der Gesetzgeber mit den von ihm gebrauchten Worten verbunden hat, ist natürlich auszugehen von den Sprachgesetzen; die Sprachgesetze sind zu befragen sowohl über den Sinn der einzelnen Worte für sich, als über den Sinn, welchen die Worte in der Verbindung haben, in der sie im gegebenen Fall auftreten[2]. Die auf die Sprachgesetze begründete Auslegung pflegt man die grammatische zu nennen.

Aber das Resultat der grammatischen Auslegung kann möglicherweise kein befriedigendes sein; es ist möglich, daß dieselbe keinen verständlichen Sinn gibt, oder daß sie die Wahl läßt zwischen mehreren verschiedenen Sinnen[3]. In diesem Falle ist zunächst zu sehen auf den übrigen feststehenden Inhalt des auszulegenden Gesetzes; ferner kann eine Erklärung zu gewinnen sein aus anderen Gesetzen desselben Gesetzgebers, oder auch verschiedener Gesetzgeber, insofern eine geistige Einheit zwischen diesen anderen Gesetzen und dem auszulegenden Gesetze angenommen werden kann[4]. Führt

Seuff. Arch. XVIII. 203, XVIII. 224. Vgl. ferner II § 359 Note 16. § 493 Note 7.

[1] Man kann noch weiter gehen und sagen, zuallernächst müsse festgestellt § 21.
sein, daß das Gesetz überhaupt echt sei, d. h. daß es in Wirklichkeit von dem Gesetzgeber herrühre, welchem es zugeschrieben wird. Auch diese Feststellung nennt man Kritik, und zwar die höhere, im Gegensatz jener ersten als der niederen, obgleich Andere mit diesen Ausdrücken andere Sinne verbinden. Vgl. Savigny I S. 242. 246, Lang a. a. O. S. 15. 16. — In Betreff der Kritik des Corpus Juris vgl. oben § 4 und Vangerow I § 23 Anm.

[2] Natürlich ist dabei nicht bloß auf die allgemeinen Gesetze der Sprache, sondern namentlich auch auf die eigenthümliche Ausdrucks- und Redeweise gerade der Zeit und des Ortes zu sehen, woher das Gesetz stammt. Mit der grammatischen Auslegung in besonderer Anwendung auf das Corpus Juris beschäftigt sich der größte Theil der oben citirten Schrift von Lang.

[3] Ein einzelner Ausdruck kann möglicherweise verschiedene Bedeutungen haben. Es kann auch bei Unzweideutigkeit der einzelnen Ausdrücke eine verschiedene Construction möglich sein.

[4] L. 26—28 D. de legib. 1. 3. „Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur. . . Sed et posteriores leges ad priores pertinent. .“. Vgl. auch l. 24 D. eod., welche Stelle freilich zunächst nur von der berichtigenden Auslegung spricht.

dieses Hülfsmittel nicht zum Ziele, so kann dem Ausleger im Allgemeinen keine andere Anweisung gegeben werden, als die, sich unter Beachtung aller erreichbaren Momente möglichst vollständig in die Seele des Gesetzgebers hineinzudenken; je vollständiger ihm dieß gelingt, mit desto größerer Sicherheit wird er den Sinn der von dem Gesetzgeber gebrauchten Worte zu bestimmen im Stande sein. Im Besonderen ist hier zweierlei hervorzuheben: der zur Zeit der Erlassung des Gesetzes vorhandene Rechtszustand, von welchem anzunehmen ist, daß er dem Gesetzgeber gegenwärtig gewesen sei, und der Zweck, welchen der Gesetzgeber mit seinem Gesetze hat erreichen wollen[5]. Endlich ist auch auf den Werth des Resultats Rücksicht zu nehmen, insofern nämlich angenommen werden kann, daß der Gesetzgeber eher etwas Bedeutendes und Angemessenes, als etwas Leeres und Unpassendes habe sagen wollen[6]. — Gewähren diese Hülfsmittel kein sicheres Resultat, so hat die Auslegung, da sie zu einem Resultate unter allen Umständen gelangen muß, sich auch mit einer bloßen Wahrscheinlichkeit zu begnügen, wobei fernere Anhaltspunkte die Regeln gewähren, daß im Zweifel für die geringere Abweichung von dem bestehenden Rechte[7], und für die mildere Meinung[8] zu entscheiden ist.

[5] Man darf das Gesetz nicht in einer Weise auslegen, daß dadurch ein Widerspruch gegen den Zweck desselben entsteht. Z. B. l. 6 C. de legib. 1. 14. „Quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum nolumus inventum videri". Ebenso l. 25 D. eod. 1. 3. — Man pflegt den Zweck, welcher durch ein Gesetz erreicht werden soll, ratio legis zu nennen, und dabei darauf aufmerksam zu machen, daß die ratio legis einerseits nicht mit der occasio legis, d. h. der äußeren Veranlassung des Gesetzes (z. B. l. 1 pr. D. de SC. Mac. 14. 6), andererseits nicht mit der ratio iuris, d. h. dem eigentlichen Gedanken oder Princip des Gesetzes, verwechselt werden dürfe. Jene ist für die Auslegung von verschwindendem Werthe; diese ist nicht sowohl Mittel zur Bestimmung des zweifelhaften Wortsinnes, als vielmehr Ergebniß der wissenschaftlichen Behandlung des unzweifelhaften (§ 22).

[6] Dahin gehört l. 19 D. de legib. 1. 3. „In ambigua voce legis ea potissimum significatio accipienda est, quae vitio caret . .". Ferner l. 67 D. de R. I. 50. 17. „Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipiatur, quae rei gerendae aptior est". — Werth der Vorarbeiten bei neueren Gesetzbüchern: Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsrecht X S. 40 fg. u. Lehrb. des Handelsr. 2. Aufl. I S. 312 fg., Meyer Gruchot's Beiträge XXIII S. 1 fg., Deutschmann das. XXIV S. 817 fg. Seuff. Arch. XXX. 219 und Citate das., XXXII. 102.

[7] Vgl. l. 35 pr. C. de inoff. test. 3. 28.

Durch die Anwendung der zuvor bezeichneten Hülfsmittel kann aber nicht bloß der unklare Ausdruck des Gesetzes in seinem wahren Sinne bestimmt, es kann dadurch auch der unvollständige Ausdruck ergänzt, und der unrichtige berichtigt werden[9]. Unrichtig kann aber der Ausdruck des Gesetzes nach einer dreifachen Richtung sein: er kann auf Mehr gehen, als der Gesetzgeber hat sagen wollen, oder auf Weniger, oder auf etwas qualitativ Anderes. Hiernach ist die berichtigende Auslegung entweder einschränkend, oder ausdehnend, oder abändernd. Nur muß, was die abändernde Auslegung angeht, die Beschränkung hinzugefügt werden, daß auch sie, in gleicher Weise wie dieß die einschränkende und ausdehnende Auslegung thut, den Ausdruck des Gesetzgebers immer nur in dieser oder jener einzelnen Beziehung verbessern kann; entsprechen die von dem Gesetzgeber gebrauchten Worte dem Sinne, welchen er hat ausdrücken wollen, überhaupt nicht, so gilt zwar nicht, was er gesagt hat, weil er es nicht hat sagen wollen, aber auch nicht, was er hat sagen wollen, weil er es nicht gesagt hat[10].

Eine jede Auslegung, welche über das durch Anwendung der

---

[8] L. 56 l. 168 pr. l. 192 § 1 D. de R. I. 50. 17, l. 18 D. de legib. 1. 3 (Savigny I § 36. i), l. 42 D. de poenis 48. 19.

[9] Es heißt zwar in den Quellen: „in re . . dubia melius est verbis edicti servire“ (l. 1 § 20 D. de exerc. act. 14. 1); aber auch: „scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem“, l. 17 D. de legib. 1. 3, vgl. l. 6 § 1 D. de V. S. 50. 16, l. 13 § 2 D. de excus. 27. 1. In früherer Zeit wurde nicht selten die Behauptung aufgestellt, daß einem sprachlich unzweideutigen Wortsinne gegenüber alle Auslegung zu schweigen habe. Das widerspricht nicht bloß den Aussprüchen der Quellen, sondern auch der Natur der Sache. Die Worte sind nicht der Gedanke, sondern nur Zeichen für den Gedanken, es kommt nicht auf deren objective und absolute Bedeutung, sondern auf diejenige an, welche gerade ihr Urheber mit ihnen verbunden hat, vorausgesetzt nur, daß diese Bedeutung aus den Umständen nachweisbar ist. Am schärfsten ist dieß durchgeführt von Ihering Geist des röm. Rechts II S. 470 fg. (4. Aufl. S. 444 fg.).

[10] Wenn aus diesem Grunde auch noch neuere Schriftsteller (z. B. Vangerow I § 24 Anm. Nr. 3) die Zulässigkeit der abändernden Auslegung ganz bestreiten, so ist dagegen zu erwiedern, daß dieser Grund, in seiner vollen Schärfe gefaßt, auch die ausdehnende Auslegung ausschließen würde; auch wenn der Gesetzgeber Weniger gesagt hat, als er hat sagen wollen, fehlt es für das Mehr an einem Ausdrucke. Dieß führt zu der im Texte bezeichneten Vermittelung.

Sprachgesetze gefundene Resultat hinausgeht, pflegt man eine logische zu nennen.

§ 22.

Die Auslegung hat aber nicht bloß die Aufgabe, den von dem Gesetzgeber gebrauchten Worten gegenüber den Sinn zur Geltung zu bringen, welchen er mit diesen Worten hat verbinden wollen; sie hat ferner die Aufgabe, hinter dem Sinne, welchen der Gesetzgeber hat ausdrücken wollen, dessen eigentlichen Gedanken hervorzuziehen. Es kann nämlich vorkommen, und es kommt häufig vor, daß der Gesetzgeber sich diesen Gedanken selbst nicht vollständig klar gemacht hat, daß er bei einer Erscheinungsform des Gedankens stehen geblieben ist, welche dessen wahrem Gehalt nicht vollständig entspricht. Es ist die höchste und edelste Aufgabe der Auslegung, in einem solchen Falle dem Gesetzgeber zu Hülfe zu kommen und dessen ausgedrücktem Willen gegenüber seinen eigentlichen zur Geltung zu bringen. Indem sie das thut, überschreitet sie nicht ihre Befugnisse: sie handelt ganz in dem Sinne des Gesetzgebers, sie spricht nur aus, was derselbe selbst ausgesprochen haben würde, wenn er auf die Punkte, welche er sich nicht zum Bewußtsein gebracht hat, aufmerksam geworden wäre. Nur sind der Auslegung auch hier die nämlichen Grenzen gesteckt, welche schon vorher bezeichnet wurden; wie sicher sie auch den eigentlichen Gedanken des Gesetzgebers erkennen mag, sie darf denselben doch als Recht begründend nur unter der Voraussetzung anerkennen, daß in der von dem Gesetzgeber abgegebenen Erklärung, wenn auch kein vollständig entsprechender Ausdruck seines eigentlichen Gedankens, doch jedenfalls ein Ausdruck überhaupt gefunden werden kann. So wird auch hier ihre hauptsächliche, wenn nicht alleinige, Thätigkeit in der quantitativen Ausdehnung und Einschränkung des Gesetzes zu bestehen haben[1].

Daß aber diese Thätigkeit wirklich Auslegung sei, darf nicht bezweifelt werden; auch hier wird die äußere Erscheinung des Gesetzes durchbrochen, um seinen Kern zu enthüllen; was die Schale verbirgt und bindet, wird auseinander gelegt. Um so weniger darf es bezweifelt werden, als die Unterscheidung zwischen dieser und der im vorigen § bezeichneten Thätigkeit, so sehr sie begriffs-

§ 22. [1] Beispiele s. in der folgenden Note.

mäßig feststeht, doch im einzelnen Falle oft schwer, ja unmöglich durchzuführen ist, und so die eine Thätigkeit in die andere unmerkbar übergeht; die Frage: hat der Gesetzgeber nicht gesagt, was er hat sagen wollen, oder hat er nicht gedacht, was er hat denken wollen? wird sehr häufig nicht mit Sicherheit beantwortet werden können[2]. — Nach einer anderen Ansicht wird indessen die

[2] Wenn der Gesetzgeber seine Rede bloß auf das männliche Geschlecht richtet, statt auf das männliche und weibliche zugleich (l. 1. 52. 195 pr. D. de V. S. 50. 16), so liegt die Annahme nahe, daß er nicht gesagt habe, was er gedacht hat, so z. B. wenn ein kaiserliches Rescript der Mutter gebot, filiis tutorem petere, und nicht hinzufügte: filiabus (l. 2 § 23. 28. D. ad SC. Tert. 38. 17). Aber ist ebenfalls ein Fehler des Ausdrucks und nicht vielmehr ein Fehler des Gedankens anzunehmen, wenn dasselbe Rescript unterließ, seine Bestimmung auf die Erbittung eines curator für den impubes zu erstrecken (§ 29 eod.)? Ferner wenn Kaiser Marcus nicht gerichtlich bestätigte Vergleiche über letztwillig hinterlassene Alimente für ungültig erklärte, statt, wie er wollte, die dem Vermächtnißnehmer nachtheiligen (l. 8 pr. § 6 D. de transact. 2. 15), sprach er da nicht richtig, oder dachte er nicht richtig? Das Letztere scheint eher angenommen werden zu müssen; ebenso, wenn die lex Aelia Sentia dem Herrn verbot, bei der Freilassung von dem Sclaven einen Eid zu fordern, daß er sich nicht verheirathen oder Kinder erzielen wolle, und vergaß, ihre Bestimmung auf zeugungsfähige Sclaven zu beschränken (l. 6 § 2 l. 15 D. de iure patr. 37. 14), oder wenn das aedilicische Edict offene Fehler nicht ausdrücklich ausnahm (l. 1 § 6 D. de aed. ed. 21. 1), oder wenn Kaiser Caracalla, als er Convalescenz der Schenkungen zwischen Ehegatten durch den Tod des Schenkers vorschrieb, nicht ausdrücklich hinzufügte, daß das Gleiche auch für die anderen wegen der Ehe verbotenen Schenkungen gelten solle (l. 32 § 16 D. de don. i. v. e. u. 24. 1). Unzweifelhaft aber lag ein Fehler des Gedankens und nicht des Ausdrucks vor, als Kaiser Marcus vorschrieb, daß für die Excusation von der Vormundschaft der in der Stadt oder bis zu einer Entfernung von 100 Milien Wohnende 50 Tage haben solle, der weiter Entfernte 30 Tage und für je 20 Milien 1 Tag, woraus an und für sich folgte, daß z. B. der in einer Entfernung von 160 Milien Wohnende nur 38 Tage habe (l. 13 § 2 D. de excus. 27. 1). Andere unzweifelhafte Beispiele einer Auslegung, welche nicht den Sinn gegen die Ausdrücke, sondern den eigentlichen Gedanken gegen den ausgedrückten zur Geltung bringt, s. in l. 40 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 27 § 3 D. de R. V. 6. 1, l. 1 pr. l. 4 D. si quadrupes 9. 1, l. 19 D. ad exh. 10. 4, l. 54 pr. D. mand. 17. 1, l. 64 § 1 D. de R. N. 23. 2. Ein sehr belehrendes Beispiel gewährt namentlich auch das SC. Velleianum. Die Jurisprudenz hat hier aus den beiden Sätzen: unverbindlich ist es, wenn eine Frau sich für einen Anderen verbürgt, und: unverbindlich ist es, wenn eine Frau für einen Anderen ein Darlehn nimmt, den höheren entwickelt: unverbindlich ist es, wenn eine Frau eine (nicht bloß formell, son-

hier bezeichnete Thätigkeit zur Auslegung nicht gerechnet[2a]. Indem man dann zugleich für diese Thätigkeit nicht bloß die Abänderung, sondern auch die Einschränkung des Gedankens des Gesetzgebers unbeachtet läßt[3], spricht man nur von der Ausdehnung des Gesetzes[4] durch Analogie[5], und erklärt die letztere als Ausdehnung des Gesetzes wegen Gleichheit des Grundes. Unter Grund des Gesetzes versteht man dann aber eben, was hier der eigentliche Gedanke des Gesetzgebers genannt worden ist[6]. Statt Grund sagt man auch wohl Princip des Gesetzes[7,8]

dern auch materiell) fremde Obligation (als fremde) übernimmt. S. II § 485, und vgl. noch II § 478 Note 4, III § 539 Note 7, § 609 Note 10, andererseits auch II § 295 Note 11, III § 644 Note 16. — Auf zwingende Gesetze (§ 30) angewendet, wird der Satz, daß der eigentliche, nicht der ausgesprochene, Gedanke des Gesetzes entscheidend sei, so ausgedrückt: unter das Gesetz falle, was in fraudem legis geschehe, l. 29. 30 D. de legib. 1. 3, l. 5 C. eod. 1. 14.

[2a] Gegen diese Ansicht neuestens Bülow Arch. f. civ. Pr. LXIV S. 89 fg.

[3] Die Folge davon ist, daß dann jede einschränkende Auslegung als das, was man allein Auslegung nennt, als Verbesserung des Wortes aufgefaßt werden muß. In dieser Weise behandelt z. B. Vangerow I § 24 Anm. Nr. 3. b selbst l. 11 § 2 D. de his qui not. 3. 2, in welcher es heißt, das Verbot für die Frau, innerhalb des Trauerjahres zu heirathen, dürfe nicht auf die Frau bezogen werden, welche früher geboren habe.

[4] Von diesem Falle handeln im Allgemeinen l. 10—12 l. 27 D. de legib. 1. 3.

[5] Gegenüber einer sogleich (§ 23) zu nennenden Anwendung der Analogie nennt man sie Gesetzesanalogie.

[6] Wird der Begriff des Grundes des Gesetzes in dieser Weise gefaßt, so sind die vielfach mißbrauchten Sätze: ubi eadem legis ratio eadem legis dispositio, und cessante ratione legis cessat lex ipsa, ebenso richtig, als sie bei jeder anderen Auffassung falsch sind. Vgl. in letzterer Beziehung II § 384 Note 5, III § 542 Note 9.

[7] Ist die ausdehnende Auslegung (Analogie) in einem gegebenen Falle ausgeschlossen, so liegt umgekehrt darin, daß das Gesetz seine Bestimmung nur für den von ihm genannten Fall getroffen hat, ein Zeugniß dafür, daß der Inhalt der Bestimmung für andere Fälle nicht Rechtens ist — das bekannte argumentum a contrario; vgl. z. B. l. 18 D. de testib. 22. 5, l. 20 § 5 6 D. qui test. 28. 1. So sicher aber dieses Argument, sobald nur der Ausschluß der Analogie wirklich feststeht, bei Gesetzen ist, so unsicher ist es bei Aussprüchen, welche nicht neues Recht einführen, sondern einen geltenden Rechtssatz als geltend constatiren wollen, wie namentlich bei den in un-

Die Hülfsmittel dieser Art der Auslegung sind die nämlichen, wie die im vorigen § erwähnten.

Es liegt aber auf der Hand, daß diese Art der Auslegung nicht bloß auf Gesetze anwendbar ist, sondern auch auf Sätze des Gewohnheitsrechts. Auch bei Sätzen des Gewohnheitsrechts kann

---

serem Corpus Juris enthaltenen Auszügen aus den Schriften der römischen Juristen. Hier setzt der Schluß, daß, weil eine Rechtsregel nur für den Fall A als geltend ausgesprochen worden sei und nicht auch für den Fall B, sie deßwegen für den Fall B habe ausgeschlossen werden sollen, den Nachweis voraus, daß der Urheber des Ausspruchs 1) an den Fall B gedacht, und 2) Veranlassung gehabt habe, ihn zu berücksichtigen.

[8] Besondere Auffassung bei Binding in der strafrechtlichen Schrift: die Normen und ihre Uebertretung (Leipzig 1872) I S. 66 fg. Nach der Auffassung dieses Schriftstellers liegt das Besondere des analogischen Rechts nicht darin, daß der Gesetzgeber es als solches nicht gedacht, sondern darin, daß er es als solches nicht ausdrücklich ausgesprochen hat. Das analogische Recht sei das stillschweigende, durch eine concludente Handlung, welche eben das Gesetz sei, ausgesprochene Recht. Aber wenn der Gesetzgeber sich dessen bewußt war, daß er auch Dieses als Recht wolle, aus welchem Grunde hat er es dann nicht ausdrücklich ausgesprochen? — Die Berechtigung der Wissenschaft, die Gedanken des Gesetzgebers auszudenken und zu ergänzen (§ 23), hat in einem anderen Aufsatz Binding's (Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissensch. I S. 4 fg., 1881), eine energische und beredte Vertretung gefunden. — Muß noch besonders ausgesprochen werden, daß die Wissenschaft eben auch nur die Gedanken des Gesetzgebers ausdenken, nicht aber ihre eigenen Gedanken dem Gesetzgeber unterschieben soll? Man sollte es nicht für überflüssig halten, wenn man neuerdings liest (Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 9 fg.), daß die „Natur der Dinge", das „Bedürfniß des Verkehrs", das „entschieden Vernünftige", zwar nicht „Rechtsquelle" sei, aber doch „Quelle unserer Rechtsquellen", m. a. W. Auslegungsmittel. Was der Natur der Dinge, dem Bedürfniß des Verkehrs entspreche, darüber kann man verschiedener Ansicht sein; es kommt nicht darauf an, was wir darüber denken, sondern was der Gesetzgeber darüber gedacht hat. Der a. a. O. speciell behandelte Fall hat zum Gegenstand den Umfang des dem bona-fide-Verkehr zu gewährenden Schutzes. Man kann es sehr vernünftig finden, daß der Empfänger einer Willenserklärung, welcher sich bona fide darauf verlassen hat, daß sie dem wirklichen Willen entspreche, den Urheber, trotzdem daß dieser nicht wirklich gewollt hat, in Anspruch nehmen könne, als habe er gewollt; man kann es aber auch sehr vernünftig finden, daß mein Rechtszustand nur durch meinen wirklichen, nicht durch meinen Scheinwillen, zu meinem Nachtheil soll verändert werden können. Mit welchem Recht darf derjenige, welcher das Erste für vernünftig hält, behaupten, daß dieß auch die Vernunft des römischen Rechts gewesen sei? Vgl. auch § 28 Note 2. 4.

erkannt werden, daß der Gedanke, welcher sich dem Bewußtsein der Uebenden zunächst dargestellt hat, ihr eigentlicher Gedanke nicht ist; indem dann ihr eigentlicher Gedanke zur Geltung gebracht wird, wird das Gewohnheitsrecht in gleicher Weise wie das Gesetz ausgelegt.

Lücken und Widersprüche. (Rechts-) Analogie.

§ 23.

Bisher ist von der Auslegung der einzelnen Rechtssätze als solcher die Rede gewesen. Werden die einzelnen Rechtssätze aber aufgefaßt als zu einem Rechtsganzen gehörig, so ergibt sich die fernere Frage, wie es zu halten sei, wenn dieses Ganze Lücken oder Widersprüche zeigt. Im Wesen ist hier die Aufgabe dieselbe; es kommt darauf an, den eigentlichen Gedanken des Rechtsganzen zu erkennen, wie es sich zuvor um den eigentlichen Gedanken des einzelnen Rechtssatzes handelte.

Deßwegen sind zuvörderst Lücken des Rechtsganzen nicht etwa, wie früher häufig gelehrt wurde, aus dem s. g. Naturrechte[1] zu ergänzen, d. h. einem durch apriorische Construction gefundenen Rechte, dessen Inhalt in jedem gegebenen Falle doch nur Dasjenige bildet, was der Construirende für wahr hält, sondern aus dem Geiste des Rechtsganzen selbst; es muß diejenige Entscheidung gefunden werden, welche in *seinem* Sinne die richtige ist. Insofern dabei von den in dem Rechtsganzen wirklich ausgesprochenen Rechtssätzen ausgegangen, und die in diesen sich darstellende specifische Art und Weise der Rechtsauffassung auf das einer rechtlichen Normirung bedürftige Verhältniß übertragen werden muß, spricht man auch hier von Analogie[1a].

§ 23. [1] Vgl. Oesterr. Gesetzbuch § 7, Badisches Landrecht Satz 4a.

[1a] Im Gegensatz zu der im vorigen § bezeichneten (Gesetzes-) Analogie nennt man sie Rechtsanalogie. — Neuerdings lehrt wieder Fr. Adickes zur Lehre von den Rechtsquellen (1872) S. 8 fg. 67 fg., daß der Richter in Ermangelung anderer Rechtsquellen die Entscheidung aus seiner „subjectiven Vernunft" zu schöpfen habe, und bezeichnet diese subjective Vernunft geradezu als Rechtsquelle. Als Beweis dafür wird nichts beigebracht als die Behauptung (S. 10), daß dieß der „allgemeinen Vernunft" gemäß, daß es ein „Naturgesetz" sei. Allerdings, fügt Adickes hinzu, dürfe der Richter seine subjective Vernunft nicht frei walten lassen, sondern müsse auf die „thatsächlich gegebenen Elemente" Rücksicht nehmen. Adickes nennt das Entscheidung aus der „Na-

Glaubt man in einem Rechtsganzen einen Widerspruch zu entdecken, so ist zuerst zuzusehen, ob nicht derselbe bloß scheinbar ist. Bloß scheinbar ist er, wenn die sich widersprechenden Rechtssätze nicht gleichen Ranges sind. Nicht gleichen Ranges sind gemeinrechtliche und particuläre, frühere und spätere Rechtssätze; der particuläre geht dem gemeinrechtlichen[2], der spätere dem früheren vor[3]. Bloß scheinbar ist der Widerspruch ferner dann, wenn bei genauerer Betrachtung sich die Voraussetzungen der beiden Rechtssätze als nicht identisch ausweisen. Ist aber der Widerspruch kein bloß scheinbarer (läßt er sich nicht vereinigen), und läßt sich auch nicht nachweisen, daß der eine Rechtssatz mehr als der andere den eigentlichen Gedanken des Rechtsganzen enthält[4], so muß man sagen, daß der eine Rechtssatz so viel gelte, als der andere; demgemäß hebt der eine den anderen auf, und es ist zu entscheiden, als ob keiner von beiden vorhanden wäre.

Wissenschaftliche Behandlung des Rechts.

§ 24.

Die Auslegung bildet keinen Gegensatz zu der wissenschaftlichen Behandlung des Rechts; sie ist wissenschaftliche Behandlung, schon die niedere, welche den Sinn der vom Gesetzgeber gebrauchten Worte, um so mehr die höhere, welche den eigentlichen Gedanken eines Rechtssatzes oder eines Rechtsganzen bestimmt. Aber die wissenschaftliche Behandlung des Rechts ist in der Auslegung nicht beschlossen. Wenn die Auslegung ihr Geschäft beendigt hat, handelt es sich um die Entwickelung der Begriffe, welche in den durch sie gewonnenen Rechtssätzen enthalten sind. Auch der eigentliche Gedanke des Rechtssatzes stellt sich noch dar in Begriffen, d. h. in Zusammenfassungen von Denkelementen; es kommt darauf an, die Begriffe in ihre Bestandtheile aufzulösen, die in ihnen enthaltenen

tur der Sache", und geht damit zu einem „allerdings etwas verschrieenen", und nicht mit Unrecht verschrieenen, Ausdruck zurück. Vgl. Dahn Zeitschr. f. deutsche Gesetzgeb. VI S. 55 fg.

[2] Es kann auch ein Rechtssatz, welcher einem anderen gegenüber particulär ist, selbst wieder einen particulären unter sich haben, dem gegenüber er gemeinrechtlicher ist. Ein altes Sprichwort sagt: Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemein (das für Deutschland gemeine) Recht.

[3] L. 4 D. de const. princ. 1. 4.

[4] Vgl. § 26 zu Note 3.

Denkelemente aufzuweisen. Man kann in dieser Operation mehr oder weniger weit gehen; denn die gefundenen Elemente können sich selbst wieder als Zusammensetzungen anderer, einfacherer Elemente ausweisen, und so fort[1]. Die neuere Rechtswissenschaft hat die entschiedene Tendenz, in der Zerlegung der Begriffe möglichst weit zu gehen. Und dieß ist ihr Verdienst. Denn in der That hängt von der erschöpfenden Erfassung des Inhalts der in den Rechtssätzen enthaltenen Begriffe nicht nur das volle Verständniß des Rechts ab, sondern auch die Sicherheit seiner Anwendung. In dieser letzteren Beziehung bemerke man noch Folgendes. Selten entspricht der Thatbestand eines zu entscheidenden Falles dem Thatbestande eines einzigen Rechtssatzes; regelmäßig stellen die verschiedenen Theile des Thatbestandes sich unter verschiedene Rechtssätze. Die von diesen Rechtssätzen geordneten rechtlichen Wirkungen bestimmen und durchkreuzen sich; die Endentscheidung ist das Resultat einer Rechnung, bei welcher die Rechtsbegriffe die Factoren sind; die Rechnung muß natürlich ein um so sichereres Facit ergeben, je fester der Werth der Factoren steht. Es liegt zugleich auf der Hand, daß erst aus der vollen Erfassung der Rechtsbegriffe sich das wahre System der Rechte, die innere Zusammengehörigkeit seiner Sätze, ergeben kann.

Die Rechtsbegriffe zerfallen in zwei Classen, je nachdem sie zum Gegenstande die thatsächlichen Voraussetzungen der Rechte haben, oder die Rechte selbst und was von ihnen ausgesagt werden kann. Begriffe, welche die thatsächlichen Voraussetzungen der Rechte zum Gegenstande haben, sind z. B. Rechtsgeschäft, Vertrag, Testament, Specification, Bedingung u. a. m. Bei den Rechten kommt in Betracht der Begriff des Rechts überhaupt, der Begriff der einzelnen Rechte, welcher sich aus ihren charakteristischen Merkmalen zusammensetzt (z. B. Eigenthum, Nießbrauch, Obligation,

§ 21. [1] Man vergleiche als Beispiel: Kaufvertrag ist ein Vertrag, durch welchen eine Sache gegen Geld abgetreten wird — Vertrag ist ein Rechtsgeschäft, welches dadurch zu Stande kommt, daß zwei (oder mehrere) übereinstimmende Willenserklärungen in ein gewisses Verhältniß zu einander treten — Rechtsgeschäft ist die Privatwillenserklärung, daß eine gewisse rechtliche Wirkung eintreten solle — Erklärung eines Willens ist was? — Wille ist was? — Uebereinstimmung ist was? — das erforderliche Verhältniß der beiden übereinstimmenden Willenserklärungen ist welches? — Sache ist was? — Abtretung ist was?

Vorkaufsrecht, Reuerecht u. s. w.), ihr Inhalt, ihr Subject (Person, juristische Person), ihre Eigenschaften (Theilbarkeit und Untheilbarkeit, Veräußerlichkeit und Unveräußerlichkeit, Selbstständigkeit und Unselbstständigkeit u. s. w.), die von ihnen ausgehende Action (Ausübung, Klagbarkeit, Abschwächung des Rechts), besonders auch ihre Lebensphänomene (Entstehung, Untergang, Umgestaltung; Begründung Vernichtung Umgestaltung schlechthin, oder mit einstweilen gehemmter Kraft; vollständige Vernichtung und Vernichtung durch Erzeugung einer Einrede; Umgestaltung der Person nach, dem Stoffe nach; Rechtsnachfolge, Gesammtnachfolge, Sondernachfolge u. s. w.). Dieß soll keine vollständige Aufzählung sein, sondern nur zur Orientirung dienen.

Die Zurückführung eines Rechtsverhältnisses auf die ihm zu Grunde liegenden Begriffe nennt man Construction desselben[2].

II. Auslegung des Pandektenrechts insbesondere.

§ 25.

Was die Auslegung des Pandektenrechts insbesondere betrifft, so ist hier zunächst zu erwähnen, daß Justinian alle Auslegung der von ihm publicirten Rechtsbücher verboten hat[1]; im Zweifelsfalle solle der Richter sich an den Kaiser wenden. Aber weder ist diese letztere Vorschrift heutzutage irgendwie ausführbar, noch ist das

---

[2] Construirt wird z. B. die Reallast, indem nachgewiesen wird, daß das durch sie gewährte Recht unter den Begriff des dinglichen, oder aber unter den Begriff des obligatorischen Rechts falle. Die Entstehung des Eigenthums aus dem Aufheben einer ausgeworfenen Sache wird construirt, indem nachgewiesen wird, daß in dem Auswerfen eine Tradition oder aber eine Dereliction liege. — Vgl. über die Construction, und überhaupt über das im Texte Gesagte, die geist- und lehrreiche Darstellung von Jhering Geist des röm. Rechts II S. 321—414 (4. Aufl. S. 309 fg.) in Verbindung mit Jahrb. f. Dogmatik I S. 1 fg., eine Darstellung, welche trotz dessen, was sich im Einzelnen gegen dieselbe einwenden läßt, doch im Ganzen, als erster Versuch der Begründung einer „Technik des Rechts", wie mir scheint, eine wärmere Anerkennung verdient hätte, als sie bei Brinz krit. VJSchr. II S. 1 fg. gefunden hat. Vgl. noch Schloßmann der Vertrag S. 235 fg. (gegen Jhering).

[1] L. 12 C. de legib. l. 14, l. 2 § 21 C. de vet. iure enucl. l. 17. § 25. Ueber andere ähnliche Erscheinungen auf dem Gebiete der Gesetzgebung vgl. Unger Anm. 2 zu § 13 (I S. 95), Wächter gem. Recht S. 266 fg.

Verbot selbst jemals beobachtet worden; es ist also durch ein allgemeines Gewohnheitsrecht abgeschafft[2].

Sodann ist im Betreff der Auslegung der Justinianischen Rechtsbücher zu bemerken, daß die in denselben enthaltenen Stellen einer zwiefachen Auslegung bedürftig sind. Zuerst muß der Sinn bestimmt werden, in welchem sie von ihren ursprünglichen Verfassern niedergeschrieben worden sind; sodann ist darauf Rücksicht zu nehmen, ob nicht dieser Sinn durch ihre Aufnahme in die Justinianische Codification geändert ist[3]. — Was den ursprünglichen Sinn der einzelnen Stellen des Corpus Juris angeht, so kommt in Betracht, daß dieselben zum großen, ja größten Theile ursprünglich nicht Gesetze gewesen sind, sondern Zeugnisse für das bestehende Recht, so namentlich die Excerpte aus den Schriften der römischen Juristen, und (obgleich nicht ausnahmslos) die kaiserlichen Rescripte und Decrete. Im Ganzen und Großen sind nun zwar die Grundsätze für die Auslegung dieser Zeugnisse keine anderen, als die oben für die Auslegung der Gesetze entwickelten; im Einzelnen stellt sich aber doch Manches anders. So hat na-

---

[2] Vgl. Savigny I S. 301—317.

[3] Im Einzelnen ist hier in's Auge zu fassen: 1) der veränderte Rechtszustand, unter welchem die Justinianische Compilation zusammengestellt worden ist. Mit Rücksicht auf denselben sind viele der aufgenommenen Stellen in ihrem Wortlaut abgeändert worden (Interpolationen, s. g. emblemata Triboniani); in anderen Fällen hat das Aufgenommene (auch ohne Aenderung des Wortlauts, bloß durch seine Beziehung auf den Justinianischen Rechtszustand, eine andere Bedeutung bekommen (so z. B. bezeichnen die Ausdrücke cessio, in ius vocatio im Munde der Compilatoren etwas ganz Anderes, als im Munde der alten Juristen). Zu beachten ist 2) der Zusammenhang der Compilation. Justinian hat nicht bloß die einzelnen von ihm publicirten Rechtsbücher, Institutionen, Digesten, Codex, jedes für sich, sondern auch alle drei zusammen als ein Ganzes betrachtet wissen wollen (§ 26 Note 2); jede Stelle hat also nur denjenigen Werth, welcher sich aus ihrem Zusammenhalte mit anderen Stellen der Compilation ergibt. Dabei ist ein nicht zu vernachlässigendes Interpretationsmittel namentlich auch die Titelrubrik, unter welche die auszulegende Stelle gestellt ist, obgleich F. C. Schmidt (Methode der Auslegung der Justinianischen Rechtsbücher, 1855) zu weit geht, wenn er die Bedeutung einer jeden Stelle ganz nach der Rubrik ihres Titels bestimmen will, in der Weise, daß allgemein redende Stellen speciell, und speciell redende allgemein zu verstehen seien, je nachdem sie sich in einem Titel mit specieller oder allgemeiner Rubrik befinden. Vgl. dagegen Stintzing Heidelb. krit. Ztschr. III S. 56 fg., Arndts krit. Ueberschau III S. 485 fg.

mentlich das s. g. argumentum a contrario hier eine ganz andere Bedeutung, als für die Gesetze (§ 22 Note 7), und bei der Auslegung der Rescripte darf nicht vergessen werden, daß in dieselben nicht selten Momente aus der Anfrage mit aufgenommen worden sind, ohne daß diese Momente für wesentliche Voraussetzungen der Entscheidung haben erklärt werden sollen.

§ 26.

Finden sich unter den aus den verschiedenen Quellen des Pandektenrechts entwickelten Sätzen Widersprüche, so geht das heutige Gewohnheitsrecht den Reichsgesetzen vor, und unter den Reichsgesetzen das spätere dem früheren. Die Reichsgesetze gehen vor den recipirten fremden Rechten; unter diesen aber geht das canonische Recht dem römischen vor, insofern nicht der Gerichtsgebrauch einen Satz des römischen Rechts dem canonischen Rechte gegenüber festgehalten hat. Unter den Quellen des römischen Rechts gehen die Novellen den drei Rechtsbüchern, Institutionen, Digesten, Codex, vor, da sie bestimmt waren, das in letzteren enthaltene Recht zu ändern, und aus dem gleichen Grunde hat jede spätere Novelle den Vorzug vor der früheren. Was endlich das Verhältniß der drei Rechtsbücher unter sich angeht[1], so stehen jedenfalls die Institutionen und die Digesten sich gleich, da sie gleichzeitig publicirt sind. Aber auch der Codex, obgleich ein Jahr später publicirt, darf den Institutionen und Digesten nicht vorgezogen werden, da Justinian alle drei Rechtsbücher als ein Ganzes hat betrachtet wissen wollen[2]. Wohl aber ist es möglich, daß eine in dem Ganzen dieser drei Rechtsbücher enthaltene Stelle späteren Ursprungs einer anderen früheren Ursprungs auf Grund ihres Zeitverhältnisses vorgezogen werden muß. Dazu ist jedoch erfor-

[1] Thibaut civilistische Abhandlungen Nr. 6, v. Löhr Mag. f. RW. u. Gesetzgebung III S. 176 fg. § 26.

[2] Vgl. Const. *Omnem* § 8, *Tanta* § 12. 23, *Cordi* § 3. Dieß geht auch aus der von Justinian gegebenen, allerdings keineswegs richtigen, Versicherung hervor, daß in den drei Rechtsbüchern Widersprüche nicht zu finden seien (Const. *Tanta* § 15). Wollte man das Publicationsdatum des Codex für entscheidend halten, so müßte man annehmen, daß Justinian zuerst den Institutionen und Digesten den Vorzug vor dem (alten) Codex, darauf diesem (in der der Hauptmasse nach übereinstimmenden repetita praelectio) den Vorzug vor jenen beigelegt habe.

derlich, einmal, daß die spätere Stelle auch wirklich eine spätere Entwickelung des Rechts enthalte, und sodann, daß Gründe vorliegen, welche die Annahme rechtfertigen, entweder daß die Compilatoren die frühere Stelle nur als rechtshistorisches Material oder als Uebergangsrecht haben aufnehmen wollen, oder daß die Aufnahme der früheren Stelle auf Uebereilung und Versehen beruht[3]. — Entscheiden die hier aufgestellten Grundsätze nicht, und läßt sich auch aus anderen Gründen nicht erkennen, welche Stelle im Sinne des betreffenden Rechtsganzen den Vorzug verdient, so ist bei wirklichem Widerspruche[4] nach dem oben (§ 23) bezeichneten allgemeinen Satze zu verfahren: die eine Stelle hebt die andere auf, und es ist zu entscheiden, als wenn keine von beiden vorhanden wäre.

---

[3] Daß die Compilatoren nicht ausschließlich dogmatische Zwecke verfolgt haben, wie sehr dieselben auch vorwiegen mögen, ist unzweifelhaft; bei den Institutionen liegt dafür ein ausdrückliches Zeugniß Justinians vor. Const. *Imperatoriam maiestatem* § 5. Uebergangsrecht: s. z. B. Nov. 89 c. 7. Versehen: s. z. B. § 108 Note 4, II § 441 Note 1, II § 499 Note 1, III § 539 Note 7, III § 628 Note 3, III § 644 Note 13. — Aus den Pandekten gewähren ein Beispiel einer zulässigen historischen Vereinigung l. 34 pr. D. mand. 17. 1 — l. 15 D. de R. C. 12. 1, ein Beispiel einer unzulässigen l. 41 D. de pign. act. 13. 7 — l. 22 D. de pign. 20. 1.

[4] Es ist natürlich vorher zuzusehen, ob nicht der Widerspruch sich dadurch als ein bloß scheinbarer nachweisen läßt, daß eine Verschiedenheit in den Thatbeständen der beiden Rechtssätze herausgekehrt wird. Dabei darf zwar bei der bestimmten Versicherung Justinians, daß, wenn man genau zusehe, sich gar kein Widerspruch finden werde (Note 2), auch eine nicht ganz nahe liegende Vereinigung nicht gescheut werden (vgl. z. B. III § 673 Note 1, auch Schirmer Erbrecht § 6 Note 17); von der anderen Seite ist aber auch vor dem Streben nach Vereinigung um jeden Preis zu warnen, in welchem schon viele Mühe unfruchtbar verzehrt worden ist. Vgl. noch Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 311 fg. und Castrense peculium S. 196 fg., Bekker Besitz S. 366 fg.

Drittes Kapitel.

Gegensätze im Recht.

Gebietende, verbietende und erlaubende Rechtssätze. Verneinende und declaratorische Rechtssätze*.

§ 27.

Die Aufgabe des Privatrechts ist, die Grenzen der Willensherrschaften der zusammenlebenden Individuen zu ziehen, zu bestimmen, in welchem Umfang der Wille eines jeden Individuums maßgebend ist für die gegenüberstehenden Individuen. Diesen Zweck erreicht die Privatrechtsordnung durch den Erlaß von Geboten und Verboten — gebietende, verbietende Rechtssätze[1]. Aber nicht alle Rechtssätze enthalten ein Gebot oder ein Verbot. Es gibt auch 1) verneinende Rechtssätze. Verneinende Rechtssätze sind a) solche, welche aussprechen, daß an eine gewisse Thatsache ein Gebot oder Verbot nicht angeknüpft sein solle[2]; b) solche, welche aussprechen, daß ein an eine gewisse Thatsache angeknüpftes Gebot oder Verbot mit dem Eintritt einer anderen Thatsache erlöschen solle[3]; endlich aber kann c) ein Rechtssatz auch verneinen, daß an eine Thatsache eine Verneinung der gedachten Art angeknüpft sein solle[4]. Einen breiten Raum sodann nehmen 2) die

---

* Die Grundlage des im Folgenden Gesagten bildet die Darstellung bei Thöl Einleit. in das deutsche Privatrecht § 33—36. Dazu: Thon Rechtsnorm und subjectives Recht S. 347, Binding krit. VJSchr. XXI S. 545, Bierling zur Kritik der jur. Grundbegriffe II S. 22 fg.

[1] Ausdrücke, welche das Gebot und Verbot zusammenfassen, sind: Norm, Imperativ (beide Ausdrücke in der neueren Zeit mit Vorliebe gebraucht), Rechtsbefehl. — Man kann übrigens sagen, daß auch das Verbot ein Gebot sei: Gebot der Unterlassung. § 27.

[2] Beispiele. Das im Spiel Verlorene (durch Spielvertrag Versprochene) braucht nicht geleistet zu werden. Die Willenserklärungen von Kindern und Geisteskranken sind nichtig.

[3] Beispiele. Die Obligation erlischt durch Erfüllung. Ansprüche verjähren in 30 Jahren.

[4] Z. B. HGB. Art. 317. „Bei Handelsgeschäften ist die Gültigkeit der Verträge durch schriftliche Abfassung oder andere Förmlichkeiten nicht bedingt." Ebenso gehört hierher die Vorschrift des Art. 319 des HGB., daß bei einem unter Abwesenden gestellten Antrag der Antragende an den Antrag bis zu

declaratorischen Rechtssätze[5] ein, d. h. diejenigen Rechtssätze, welche das in einem anderen Rechtssatze Ausgesprochene näher bestimmen, entweder den thatsächlichen Voraussetzungen nach, oder in Betreff der den thatsächlichen Voraussetzungen beigelegten Bedeutung[6]. — Erlaubende Rechtssätze, d. h. in der Form der Erlaubniß ausgedrückte Rechtssätze, sind in der Wirklichkeit entweder gebietende oder verbietende oder verneinende[7].

---

einem näher bestimmten Zeitpunkt gebunden bleibe. Diese Vorschrift verneint, daß an die Thatsache der Acceptation des gestellten Antrages ein Rechtsbefehl deßwegen nicht angeknüpft sein solle, weil inzwischen die Thatsache der Rücktrittserklärung eingetreten sei. Anderes Beispiel: die Compensation findet nicht statt gegen eine Forderung aus der Hinterlegung.

[5] Thöl sagt: begriffsentwickelnde Rechtssätze. Dieser Ausdruck, den ich früher selbst gebraucht habe, ist zu eng.

[6] Beispiele. Das Testament muß vor 7 Zeugen errichtet werden. Das Kindesalter währt bis zum zurückgelegten siebenten Lebensjahr. Ein Vertrag kommt dadurch zu Stande, daß die von dem Einen dem Andern gegenüber abgegebene Willenserklärung von dem Andern acceptirt wird. Der Schuldner kann die ihm obliegende Leistung auch durch einen Dritten bewirken, wenn es auf seine Persönlichkeit nicht ankommt. Einem verneinenden Rechtssatz gegenüber declaratorisch ist z. B. der Satz, daß der gestattete Rücktritt vom Vertrage dem anderen Vertragschließenden gegenüber erklärt werden müsse. Daß ein Rechtssatz declaratorisch auch für einen anderen declaratorischen Rechtssatz sein kann, bedarf kaum der Bemerkung.

[7] a) Der Satz: der Vertragschließende kann von dem andern Vertragschließenden die Bewirkung der versprochenen Leistung fordern, ist nur ein anderer Ausdruck für den Satz: der Versprechende soll die versprochene Leistung bewirken. Wenn gesagt wird, daß bei der alternativen Obligation der Schuldner wählen dürfe, was er leisten wolle, so heißt das in Wirklichkeit: dem Schuldner ist nur die gewählte Leistung (der gewählte Leistungsinhalt), nicht die nicht gewählte geboten. b) „Der Eigenthümer darf über seine Sache verfügen, wie er will." Der wirkliche Inhalt dieses Satzes ist ein Verbot an die dem Eigenthümer Gegenüberstehenden, ihn in der Verfügung zu hindern. c) Der Rechtssatz, daß von dem Auftragsvertag zurückgetreten werden könne, enthält eine Verneinung der an den Abschluß des Auftragsvertrages angeknüpften Gebote für den Fall des Rücktritts. Der Rechtssatz, daß von dem gegenseitigen Vertrage nicht deßwegen zurückgetreten werden könne, weil der andere Vertragschließende seine Verbindlichkeit nicht erfülle, ist doppelt verneinend (er enthält eine Verneinung der Verneinung, s. im Text unter 1. c). Vgl. über die in der neueren Zeit viel verhandelte Frage, ob es erlaubende Rechtssätze gibt, Thon Rechtsnorm und subj. Recht, S. 292 fg. 345 fg., und die Anzeigen dieser Schrift von Binding krit. VJSchr. XXI S. 542 fg., Merkel Grünh. Zeitschr. VI S. 371 fg., Pernice das. VII S. 473 fg.;

Strenges und billiges Recht.

§ 28.

Billig ist das den thatsächlichen Verhältnissen angemessene Recht, d. h. dasjenige Recht, in welchem jedes Moment der thatsächlichen Verhältnisse, das auf Berücksichtigung Anspruch machen kann, Berücksichtigung wirklich findet, keines Berücksichtigung findet, welches Berücksichtigung nicht verdient, und jedes diejenige Berücksichtigung findet, welche seine Natur fordert[1]. Dasjenige Recht, welches in einer oder der anderen dieser Beziehungen den thatsächlichen Verhältnissen nicht angemessen ist, nennt man strenges Recht.

Der Begriff der Billigkeit ist seiner Natur nach ein unbestimmter, er empfängt seinen Inhalt aus dem Rechtsbewußtsein oder Rechtsgefühle des ein gegebenes Recht Betrachtenden. Insofern es aber ein Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein nicht bloß der Einzelnen gibt, sondern auch ein Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein der Gesammtheit eines Volks, bezeichnet die Billigkeit das Ideal, nach dessen Verwirklichung das Recht eines jeden Volks zu streben hat[2]. Bevor aber dieses Ideal verwirklicht ist,

---

neuestens Bierling zur Kritik der jur. Grundbegriffe II S. 1 fg. 307 fg. S. auch unten §. 38 Note 3.

[1] Ius aequum ist nicht das allen Personen gleiche Recht, sondern das § 28.
den Verhältnissen gleiche, sie deckende Recht. Umgekehrt wird häufig das Wesen des billigen Rechts gerade in die Berücksichtigung der individuellen Unterschiede gesetzt (Puchta § 21, Thöl Einleit. § 40, Unger I S. 71). Auch diese Auffassung ist nicht richtig. Es kann freilich unbillig sein, daß ein individueller Unterschied nicht berücksichtigt wird, aber es kann ebenso unbillig sein, daß ein individueller Unterschied berücksichtigt wird. Jhering der Zweck im Recht I S. 354 fg. (2. Aufl. S. 367 fg.) bestimmt den Begriff der Billigkeit dahin, daß sie sei „das Gleichgewicht zwischen Verdienst und Lohn, zwischen Strafe und Schuld". Leist civil. Studien IV S. 190 fg. erklärt die „Aequität" als die „Humanität in der socialen Ordnung". — Ueber die Auffassung der aequitas bei den Römern vgl. M. Voigt die Lehre vom ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer Bd. I (1856). Dazu die Anzeige von Esmarch krit. Ueberschau VI S. 1 fg.

[2] In diesem Sinne bezeichnet schön l. 1 pr. D. de I. et I. 1. 1 das Recht als „ars boni et aequi". Vgl. § 1 eod., l. 90 D. de R. I. 50. 17, l 8 C. de iud. 3. 1. Vgl. Bekker Aktionen II S. 270 Note 2. Es ist aber Uebertreibung, jedenfalls im Ausdrucke, und keine ungefährliche Uebertreibung,

bevor eine Rechtsquelle die Aussprüche der Billigkeit anerkannt hat, ist die Billigkeit eben nicht Recht[3], und der Richter würde sich schwer verfehlen, wenn er das positive Recht seines Volks zu Gunsten der Billigkeit, oder dessen, was er für Billigkeit hält, hintansetzen wollte[4]. Es wird ihm jedoch eine genaue Erforschung des wahren Gehalts des positiven Rechts sehr häufig die dem ersten Blicke sich verbergende Möglichkeit gewähren, die Ansprüche der Billigkeit mit den eigenen Mitteln des Rechts zu befriedigen[5].

---

wenn Bekker lehrt (a. a. O. S. 264 fg.), daß dem „Idealrecht" gegenüber das positive Recht eine selbstständige Berechtigung zur Existenz nicht besitze, daß es „nichts anderes als ein Nothbehelf" sei.

[3] Der Gegensatz zwischen ius und aequitas wird anerkannt in l. 52 § 3 D. de pactis 2. 14 (— „neque iure ullo neque aequitate tale desiderium admitti" —), ferner in l. 32 D. de pec. 15. 1 und in l. 2 § 5 D. de aqua et aquae 39. 3 (Note 4).

[4] L. 1 C. de legib. 1. 14. „Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere". In den beiden letzten in der vorigen Note citirten Stellen wird zwar die aequitas auch gegen das ius zur Geltung gebracht (— „haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamur", „sed licet hoc iure contingat, tamen aequitas dictat iudicium" —); aber die Stellung der römischen Juristen war auch eine viel freiere, als die der heutigen Juristen und Richter ist. — Daß das „Idealrecht" kein wirkliches Recht sei, erkennt auch Bekker (Note 2) bereitwillig an. Dagegen erklärt Schloßmann der Vertrag S. 169 fg. es für die eigentliche Aufgabe des Richters, das „gerechte" Recht (vgl. § 14 Note 1) zur Geltung zu bringen. Allein, welches dieses gerechte Recht sei, darüber kann, wie auf der Hand liegt und Schloßmann selbst zugibt, in jedem einzelnen Falle nur das subjective Ermessen des Richters entscheiden. Gewiß betont Schloßmann mit Recht, daß es dem Richter unmöglich ist, bei dem unmittelbaren Inhalte des positiven Rechts stehen zu bleiben. Aber wer den Richter dabei von allen Regeln (vgl. § 22—24) entbindet, wird nicht dazu beitragen, daß die dem Richter so unentbehrliche Freiheit der Bewegung zur allgemeinen Anerkennung gelange.

[5] Es kann auch vorkommen, daß das Recht selbst den Richter darauf verweist, die Umstände des einzelnen Falls zu erwägen, und danach die Entscheidung zu treffen. Hieher gehört l. 91 § 3 D. de V. O. 45. 1: — „esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose . . erratur". (Es handelt sich um die Frage, ob Verzug vorhanden sei, und für Beantwortung dieser Frage gibt es zunächst keine andere Regel als die, daß Verzug angenommen werden müsse, so oft es dem Schuldner zum Vorwurf gereiche, daß er nicht zu rechter Zeit geleistet habe.)

Regelgemäßes und regelwidriges Recht. Privilegium*.

§ 29.

Regelgemäß ist dasjenige Recht, welches den im Rechte anerkannten Principien gemäß ist; dadurch, daß das Recht aus besonderen Gründen sich mit diesen Principien in Widerspruch setzt, entsteht regelwidriges Recht[1]. Von dem regelwidrigen Rechte heißt es in den Quellen, daß es nicht ausgedehnt werden dürfe[2]. Das will sagen, daß es nicht weiter ausgedehnt werden dürfe, als der eigentliche Gedanke der Bestimmung reicht; der Satz sagt also nichts, was sich nicht von selbst versteht[3].

---

* Savigny I S. 61—66, Wächter Württemb. Privatr. II § 3 (50), Thöl Einleitung § 38. 39, Unger I § 8 (65).

[1] Die Quellen sagen: ius singulare. L. 16 D. de legib. 1. 3. „Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est". — Andere (so namentlich Savigny a. a. O.) definiren das ius singulare als dasjenige Recht, welches nicht auf dem reinen Rechtsgebiete entsprungen sei, sondern auf den Principien der Sittlichkeit und Wohlfahrt beruhe. Aber was ist reines Rechtsgebiet? Und beruht nicht alles Recht darauf, wie gerade dieses Volk die Principien der Sittlichkeit und die Bedürfnisse der öffentlichen und privaten Wohlfahrt erfaßt und rechtlich verwerthet? — Beispiele von ius singulare in l. 15 D. de R. C. 12. 1, l. 23 § 1. l 44 § 1 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 44 § 3 D. de usurp. 41. 3. § 29.

[2] L. 14 D. de leg. 1. 3 (l. 141 pr. D. de R. I. 50. 17). „Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias". Vgl. l. 15 eod.

[3] Man ist darüber einverstanden, daß der Sinn des Satzes nicht sei, daß bei dem ius singulare die ausdehnende Auslegung im engeren Sinne ausgeschlossen sei; man wird aber noch weiter gehen und auch die ausdehnende Auslegung im weiteren Sinne (Analogie) zulassen müssen. Sonst würde man dieselbe überhaupt in Frage stellen; denn jeder neu auftretende Rechtssatz stellt sich gegenüber den vorhandenen Rechtsregeln als regelwidriges Recht dar. Das SC. Velleianum begründete gewiß ius singulare; und wie ist es ausgedehnt worden! Vgl. auch II § 478 Note 4. Aber wenn z. B. eine Bestimmung favore libertatis gegeben worden ist, so darf man in derselben nicht den Ausdruck eines Princips erkennen, welches zur Anwendung kommen müsse, auch wo es sich um Freiheit nicht handelt. L. 23 § 3 D. de fideic. lib. 40. 5. „Etiam fideicommissaria libertas a filio post certam aetatem eius data, si ad eam puer non pervenit, ab herede filii praestituta die reddatur; quam sententiam iure singulari receptam ad cetera fideicommissa relicta porrigi non placuit". Uebereinstimmend Keller § 7, Zrodlowski

Die wichtigste Anwendung des regelwidrigen Rechts besteht darin, daß durch dasselbe für eine gewisse Klasse von Personen oder Sachen oder Rechtsverhältnissen etwas festgesetzt wird, was für andere Personen oder Sachen oder für andere Rechtsverhältnisse der gleichen Art nicht gilt. Enthält die Ausnahmebestimmung eine Begünstigung, so wird von einem Privilegium gesprochen, und ebenso heißt die durch die Ausnahmebestimmung hervorgerufene günstige Lage selbst Privilegium[4]. Die Privilegien sind persönliche, wenn sie eine Klasse von Personen, sachliche, wenn sie eine Klasse von Sachen oder Rechtsverhältnissen begünstigen[5].

Der Ausdruck Privilegium wird aber auch zur Bezeichnung der einer individuellen Person oder einer individuellen Sache oder einem individuellen Rechtsverhältnisse gewährten Rechtsbegünstigung gebraucht. Von den Privilegien in diesem Sinne wird unten (§ 135. 136) besonders gehandelt werden.

---

das röm. Privatrecht I S. 105 fg., Römer Zeitschr. f. Handelsr. XIX S. 94, mit einer Unterscheidung Dernburg I S. 72. Hinzugefügt muß allerdings werden, daß, je bestimmter und ausdrücklicher die Rechtsvorschrift ist, mit welcher das ius singulare sich in Widerspruch setzt, um so gewichtiger die Gründe sein müssen, welche zu einer ausdehnenden Auslegung berechtigen sollen — nach dem Satze, daß im Zweifel für die geringere Abweichung von dem bestehenden Rechte zu entscheiden ist (§ 21 Note 7).

[4] Der Ausdruck privilegium wechselt in den Quellen mit dem Ausdrucke beneficium iuris. Seiner Wortbedeutung nach (vgl. Cic. de leg. III 19: „in privos homines leges ferri noluerunt, id est enim privilegium", Gell. N. A. X. 20: „veteres priva dixerunt, quae nos singula dicimus") ist er zwar fähig, auch die ungünstiger stellende Bestimmung zu bezeichnen (daher die Eintheilung der Neueren in privilegia favorabilia und odiosa); aber es scheint nicht, daß die Quellen ihn in diesem Sinne gebrauchen; der deutsche Ausdruck „Privilegium" kann ganz entschieden in diesem Sinne nicht gebraucht werden. Den Gegensatz zum privilegium bildet das ius commune, das Allen gemeinschaftliche Recht. Vgl. l. 12 D. de min. 4. 4, l. 7 D. de iniusto 28. 3, l. 15 D. de vulg. 28. 6, l. 3. 21 D. de test. mil. 29. 1, l. 37 D. de I. F. 49. 14.

[5] Die Quellen unterscheiden zwischen privilegia personae und privilegia causae. L. 196 D. de R. I. 50. 17; vgl. l. 68 eod. Beispiele: Concursprivilegium der Stadtgemeinden — der Begräbnißkosten, Steuer-Freiheit, z. B. der Rittergüter.

Zwingendes und nachgiebiges Recht.

§ 30.

Es gibt Rechtssätze, welche jede Privatwillkür ausschließen: sie kommen zur Anwendung, auch wenn die Personen, für welche sie gegeben sind, erklären, daß sie nicht zur Anwendung kommen sollen; sie zwingen. Andere Rechtssätze lassen es sich gefallen, daß das betreffende Verhältniß durch Privatwillkür anders geordnet werde, und kommen nur dann zur Anwendung, wenn eine Ordnung des Verhältnisses durch Privatwillkür nicht vorliegt[1].

Viertes Kapitel.

Gebiet des Rechts.

I. Zeitliche Grenzen.

§ 31.

Die zeitlichen Grenzen des Gebiets der Rechtssätze werden bestimmt durch den Zeitpunkt der Entstehung und den Zeitpunkt des Untergangs der Rechtssätze: die Geltung der Rechtssätze beginnt mit ihrer Entstehung und endigt mit ihrem Untergange.

---

[1] Beispiele: der Schuldner haftet wegen Arglist — der Verkäufer haftet wegen Fahrlässigkeit. — Andere Bezeichnungen, welche für diesen Gegensatz gebraucht werden, sind: absolutes, gebietendes Recht — vermittelndes, ergänzendes, suppletorisches, dispositives Recht. Die Quellen bezeichnen das zwingende Recht als ius publicum, auch als ius commune, iuris forma, ius schlechthin. Vgl. z. B. l. 38 D. de pactis 2. 14, l. 20 pr. D. de rel. 11. 7, l. 7 § 16 D. de pactis 2. 14, l. 42 eod., l. 12 § 1 D. de pact. dotal. 23. 4, l. 27 D. de R. I. 50. 17. — Bülow Arch. f. civ. Pr. LXIV S. 1 fg. glaubt betonen zu müssen, daß auch die normirende Kraft des Privatwillens auf Rechtssatz beruhe. Vgl. § 63 Note 1 und § 68 Note 1. Dieser Schriftsteller gebraucht zugleich den Ausdruck „dispositives Recht" in einem anderen als dem hier angegebenen Sinn. Er nennt dispositiv nicht den Rechtssatz, der nur in Ermangelung einer anderen Ordnung durch Privatwillkür Platz greifen will, sondern eben den die Privatwillkür anerkennenden Rechtssatz. So ist ihm z. B. dispositiv nicht der Rechtssatz, daß der Verkäufer wegen culpa hafte, sondern der Rechtssatz, daß die Parteien das Gegentheil bestimmen können. § 30.

Die Geltung der Rechtssätze beginnt mit ihrer Entstehung. Es müßte denn ein Rechtssatz sich selbst verbindende Kraft erst von einer späteren Zeit an beigelegt haben. Gesetze thun dieß sehr gewöhnlich; sie lassen dem Bürger eine gewisse Frist, um sich mit ihnen bekannt zu machen[1].

Die Geltung der Rechtssätze endigt mit ihrem Untergange. Dieser kann seinen Grund in den Rechtssätzen selbst haben, indem dieselben sich verbindende Kraft nur für eine gewisse Zeit oder nur für gewisse vorübergehende Umstände und Voraussetzungen beilegen[2]. Abgesehen hiervon dauert die Geltung eines Rechtssatzes so lange, bis er durch eine Rechtsquelle, Gesetz oder Gewohnheit, aufgehoben wird. Eine specielle sich dabei ergebende Frage ist, inwiefern durch die Aufhebung einer Regel auch die Ausnahmen von der Regel aufgehoben werden[3]. Diese Frage hat natürlich keinen Sinn für den Fall, wo eine Regel schlechthin aufgehoben wird; hier versteht es sich von selbst, daß die bisherigen Ausnahmen nun selbst zur Regel werden. Die Frage hat nur Sinn für den Fall, wo eine Regel in der Weise aufgehoben wird, daß an ihre Stelle eine Regel anderen Inhalts gesetzt wird. Für diesen Fall ist es eine Interpretationsfrage, ob der neue Rechtssatz auch die Ausnahmen von der alten Regel habe beseitigen wollen; im Zweifel ist diese Frage zu verneinen[4].

---

§ 31. [1] Verfassung des deutschen Reichs Art. 2. „Sofern nicht in dem publicirten Gesetze ein anderer Anfangstermin seiner verbindlichen Kraft bestimmt ist, beginnt die letztere mit dem vierzehnten Tage nach dem Ablaufe desjenigen Tags, an welchem das betreffende Stück des Reichsgesetzblatts in Berlin ausgegeben worden ist".

[2] Dahin gehören namentlich die s. g. transitorischen Gesetze, welche bestimmt sind, aus einem Rechtszustande in einen andern überzuleiten. Vgl. Nov. 66 c. 1, Nov. 116 c. 1. Seuff. Arch. XXXVIII. 200.

[3] Thibaut civilistische Abhandlungen Nr. 7, Wächter Württemb. Privatrecht II § 28, Unger I § 16.

[4] Beispiele. a) Es ist irgendwo Rechtens, daß die Frauen zu ihren Rechtshandlungen eines Beistands bedürfen; ausgenommen sind die Handelsfrauen. Ein neues Gesetz erklärt die Frauen für handlungsfähig auch ohne Beistand. b) Es ist Rechtens, daß ein Testament vor 7 Zeugen errichtet werden müsse; gewisse Personen können aber formlos testiren. Hinterher wird bestimmt, daß das Testament nur 5 Zeugen bedürfen solle. Oder: es ist Rechtens, daß die Ansprüche in 30 Jahren verjähren; gewisse Ansprüche aber verjähren in 5 ꝛc. Jahren. Es wird durch ein neues Gesetz bestimmt, daß die Ansprüche

§ 32*.

Die zeitliche Abgrenzung des Gebiets der Rechtssätze hat nicht die Bedeutung, daß für jede Zeit das in ihr geltende Recht die ausschließliche Quelle der rechtlichen Beurtheilung und im Besonderen der richterlichen Rechtsanwendung bildet. Sondern sie hat die Bedeutung, daß das Recht einer jeden Zeit die in dieser Zeit vorkommenden Thatsachen, auf welche es seinem Inhalte nach anwendbar ist, ergreift und ihnen ihre rechtliche Ausprägung gibt, d. h. näher, daß es darüber die Entscheidung trifft, ob und welche

---

in 20 Jahren verjähren sollen. In beiden Fällen dauern natürlich die Ausnahmen von der alten Regel auch unter der neuen fort. Anders aber, wenn etwa das neue Gesetz ausdrücklich erklärt hätte, daß es in allen Fällen gelten wolle, oder wenn es die Ausnahmen, die es zulassen will, aufgezählt hätte, oder wenn sich aus anderen Umständen nachweisen ließe, daß der Gesetzgeber seine neue Regel als absolute habe betrachtet wissen wollen.

* Aus der reichen älteren Literatur der in diesem § behandelten Frage sollen hier nur zwei Schriften hervorgehoben werden: A. D. Weber über die Rückanwendung positiver Gesetze (1811). Bergmann das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrecht (1818). Aus der neueren Zeit: Savigny System VIII § 383—400 (1849). v. Scheurl Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts I Nr. 6 (1853). Fr. Wyß Zeitschr. f. schweizerisches Recht III S. 124 fg. (1854). Bornemann Erörterungen im Gebiete des preußischen Rechts Heft 1 Nr. 1 (1855). Schaaf Abhandlungen aus dem Pandektenrecht Bd. 1 Heft 2 (1860). Ferd. Lassalle das System der erworbenen Rechte, Theil 1. Auch unter dem Titel: Die Theorie der erworbenen Rechte und der Collision der Gesetze (,) unter besonderer Berücksichtigung des Römischen, Französischen und Preußischen Rechts (1861, 2. Aufl. 1880). R. Schmid die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen S. 101—148 (1863). Rintelen über den Einfluß neuer Gesetze auf die zur Zeit ihrer Emanation bestehenden Rechtsverhältnisse nach Römischem und Preußischem Recht (1877). Göppert Jahrb. für Dogm. XXII S. 1 fg. (hinterlassene Schrift, geschrieben 1871, herausgeg. von Eck 1884). Heuberger die zeitlichen Grenzen der Wirksamkeit des Schweizerischen Obligationenrechts (1885). — Kierulff S. 63—72, Vangerow I § 26, Wächter I S. 154 fg. Württemb. Privatr. II § 29. 30, Unger I § 20. 21, Beseler § 21, Stobbe I § 27. 28, Roth I § 50, Böhlau Mecklenb. Landrecht I § 67, Pfaff und Hofmann Commentar zum österr. bürg. Gesetzb. I S. 156 fg. — Aus der auswärtigen Literatur: C. F. Gabba teoria della retroattività delle leggi. 4 voll. (1868—1874). Laurent principes de droit civil tom. 1 p. 213—321 (1869). G. P. Chironi della non retroattività delle leggi in materia civile. Fasc. 1. Siena 1884.

rechtliche Wirkungen durch diese Thatsachen erzeugt sind. Wird dann später das Recht geändert, so wird damit die von dem früheren Rechte getroffene Entscheidung nicht hinfällig[1]; das neue Recht ergreift nicht die Thatsachen, welche ihm vorhergegangen sind, es hat keine rückwirkende Kraft[1a]. Vorausgesetzt daß es sich nicht rückwirkende Kraft beilegt[2]; denn daß dazu das Recht (Gesetz) die formelle Macht hat, ist selbstverständlich[3].

Zu dem Gesagten ist folgendes Nähere zu bemerken.

1. Das neue Recht ergreift nicht rückwärts diejenigen Thatsachen, denen das frühere Recht in dem zuvor bezeichneten Sinne ihre fertige Ausprägung gegeben hat. Dagegen zieht das neue

---

§ 32. [1] Mag sie positiv lauten, oder negativ, d. h. daß keine rechtlichen Wirkungen entstanden sind.

[1a] L. 7 C. de legib. l. 14. „Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari . .“. (Wiederholt in c. 13 X. de const. 1. 2.) L. 66 [65]. i. f. C. de decur. 10. 32 [31]. Nov. 66 c. 1. § 4. Vgl. Cic. in Verrem II. 1. 42. „De iure civili si quis novi quid instituit, is omnia quae ante acta sunt rata esse patitur.“

[2] Die in der vorigen Note citirte l. 7 C. de legib. 1. 14 fährt fort: „nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit“. Das „nominatim“ geht übrigens zu weit. S. den Text unter Nr. 2. Beispiele aus den Quellen von Gesetzen, welche sich rückwirkende Kraft beilegen: l. 27 pr. C. de usur. 4. 32, l. 2 C. de quadr. praescr. 7. 37, l. 3 C. de pact. pign. 8. 34 [35], Nov. 19 praef. c. 1. Gesetze, welche die rückwirkende Kraft ausdrücklich ausschließen: l. 18 C. de testib. 4. 20, l. 23 C. mand. 4. 35, l. un. i. f. C. de rei ux. act. 5. 13, l. 29 C. de testam. 6. 23, l. un. § 15 C. de cad. toll. 6. 51, l. un. i. f. C. de lat. lib. toll. 7. 6.

[3] Wenn Böcking I S. 317 lehrt, ein Gesetz könne nicht rückwirkende Kraft haben, so versteht er darunter näher, daß ein Gesetz, welches sich selbst rückwirkende Kraft beilege, „absolutes Unrecht“ sei. Vgl. auch Böhlau a. a. O. S. 399. 400. Das ist keine privatrechtliche Frage. Lassalle (s. übrigens Note 6 a. E.) geht so weit, zu behaupten, daß ein Gesetz, welches sich selbst rückwirkende Kraft beilege, für den Richtrr unverbindlich sei (a. a. O. S. 56 [45] fg.). Diese Ansicht findet sich schon bei G. Struve über das positive Rechtsgesetz hinsichtlich seiner Ausdehnung in der Zeit (1831) S. 6. 30—34. 153. 154, worüber zu vergleichen ist Savigny a. a. O. S. 406. — Uebrigens mischt sich bei Böcking a. a. O. auch die Auffassung ein, daß ein Gesetz nicht bewirken könne, daß es zu einer Zeit gegolten habe, zu welcher es noch nicht gegolten hat, welche Auffassung bei Brinz 2. Aufl. S. 96 fg. in den Vordergrund tritt. Aber ein Gesetz, welches sich in diesem Sinne rückwirkende Kraft beilegen wollte, wäre nicht absolutes Unrecht, sondern absoluter Unsinn.

Recht sich nicht zurück vor bloßen Möglichkeiten und Erwartungen, welche nach dem früheren Rechte bestanden[4].

2. Das neue Recht braucht sich, um rückwirkende Kraft zu haben, dieselbe nicht ausdrücklich beizulegen. Es genügt, daß sie als gewollt aus dem Ausdrucke oder aus dem Inhalte des neuen Rechts erkannt werden kann. Dabei kommt namentlich in Betracht die Wichtigkeit und Bedeutung, welche der Urheber des neuen Rechts diesem aus Gründen der Sittlichkeit und des Gemeinwohls beilegt; je größer diese Bedeutung ist, desto eher ist die Annahme gerechtfertigt, daß der Urheber des neuen Rechts demselben auch die früher entstandenen Rechtsverhältnisse habe unterwerfen wollen[5]. Dagegen ist abzulehnen der abstracte Satz,

[4] Beispiele. Jemand ist der nächste Intestaterbe eines Lebenden, ein neues Gesetz zieht ihm einen Anderen vor. Ein Jude kann nach dem bestehenden Rechte Grundeigenthum erwerben; ein neues Gesetz entzieht Juden diese Fähigkeit. Nach dem bestehenden Rechte tritt die Volljährigkeit mit dem 21. Jahre ein; ein neues Gesetz verlangt für dieselbe 25 Jahre. Und zwar wird man in dem letzteren Falle nicht bloß sagen müssen, daß Diejenigen, welche zur Zeit des neuen Gesetzes das 21. Jahr noch nicht zurückgelegt haben, erst mit dem 25. Jahre volljährig werden, sondern auch, daß Diejenigen, welche bereits 21 aber noch nicht 25 Jahre alt sind, wieder minderjährig werden. Das Letztere wird häufig geleugnet, aber nicht aus zureichenden Gründen. Die Volljährigkeit gewährt nur die rechtliche Möglichkeit, in gewisser Weise rechtlich thätig zu werden. Wenn Frauen ohne Beistand für handlungsunfähig erklärt würden, wo sie früher handlungsfähig waren, so würde es Niemandem in den Sinn kommen, die bereits geborenen Frauen von der Bestimmung des Gesetzes auszunehmen; warum soll es anders sein, wenn ein Gesetz sagt: Einundzwanzigjährige sind nicht mehr handlungsfähig, sondern erst Fünfundzwanzigjährige? Man könnte sagen, es sei nicht wahrscheinlich, daß der Gesetzgeber die Verwirrung gewollt habe, welche daraus entstehen muß, wenn ein Volljähriger wieder zum Minderjährigen gemacht wird; aber Verwirrung ist es auch, wenn der Eine mit 21 Jahren volljährig ist, und der Andere erst mit 25 Jahren. Das versteht sich aber von selbst, daß die von einem Einundzwanzigjährigen vor dem neuen Gesetze bereits abgeschlossenen Rechtsgeschäfte gültig bleiben; durch sie sind Rechte erworben worden, welche das neue Gesetz nicht zurücknimmt. Vgl. Stobbe a. a. O. § 28 Note 4. — Aus der Praxis: Seuff. Arch. IV. 93. 199, XIX. 210.

[5] So ist, wenn z. B. ein Gesetz die Ehescheidungsgründe anders ordnet, im Zweifel anzunehmen, daß der Gesetzgeber diesem Gesetze die bereits geschlossenen Ehen habe unterwerfen wollen. Wenn in einem Staate das Hypothekenbuchsystem neu eingeführt wird, ist im Zweifel anzunehmen, der Gesetzgeber habe nicht bloß das Entstehen neuer Hypotheken, sondern auch das Fort-

daß alle Rechtssätze, welche sich nicht direct an die Thatsachen wenden, sondern über Existenz und Inhalt der Rechte bestimmen, sich damit auch rückwirkende Kraft beilegen[6].

bestehen bereits begründeter an die Eintragung in das Hypothekenbuch binden wollen. S. auch die folgende Note. Uebrigens wird, wenn heutzutage ein neues Gesetz von solcher Bedeutung erlassen wird, eine ausdrückliche Bestimmung über die Behandlung der der früheren Zeit angehörenden Rechtsverhältnisse kaum jemals fehlen.

[6] Diesen Satz stellt Savigny (a. a. O. § 384) auf: Rechtssätze über das „Dasein der Rechte", d. h. „Sein und Nichtsein" und „So oder Anders sein", im Gegensatze zu den Rechtssätzen über den „Erwerb der Rechte". Zur Erläuterung dieses Gegensatzes bringt Savigny folgende Beispiele bei. 1. Es wird in einem Staate die bisher bestehende Sclaverei aufgehoben, oder die Germanische Leibeigenschaft oder das Zehntrecht. Es werden Zehnten für ablösbar erklärt. Es wird vorgeschrieben, daß das Eigenthum an beweglichen Sachen nicht mehr durch Vindication verfolgt werden könne. 2. Ein Rechtssatz schreibt vor, daß Eigenthum nicht mehr durch bloßen Vertrag, sondern nur durch Tradition veräußert werden könne. Ein Rechtssatz schreibt vor, daß bei einem Gegenstande, dessen Werth mehr als fünfzig Thaler beträgt, nur ein schriftlicher Vertrag klagbar sein solle. — Es ist nun zwar nicht zu bezweifeln, daß alle hier unter 1 genannten Gesetze, in Ermangelung entgegenstehender Gründe, auch auf die bereits bestehenden Rechtsverhältnisse der genannten Art bezogen werden müßten; aber nicht deßwegen, weil sie die Existenz oder den Inhalt der Rechte zum Gegenstande haben, sondern theils weil in ihnen ein sittliches oder nationalökonomisches Princip von großer Bedeutung vertreten wird, theils weil sie sonst nur einen sehr geringen Kreis der Anwendbarkeit finden würden, welcher zu dem Gewichte, mit dem das Gesetz auftritt, in keinem Verhältnisse stehen würde (daß heutzutage noch Zehnten begründet werden, gehört zu den größten Seltenheiten), theils weil aus der Freilassung der bereits entstandenen Rechte sich eine heillose Verwirrung des Verkehrs ergeben würde, von welcher nicht anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber sie gewollt habe (bei jeder einzelnen beweglichen Sache müßte untersucht werden, ob Eigenthum an derselben vor oder nach dem neuen Gesetze erworben worden sei). Man vergleiche aber auf der anderen Seite folgende Fälle. Ein Gesetz hebt den älterlichen Nießbrauch, oder das Recht der Minderjährigen auf Wiedereinsetzung auf. Ein Gesetz schreibt vor, daß der Käufer nicht mehr die Gefahr der Sache tragen solle. Ein Gesetz schreibt vor, daß Kauf nicht mehr Miethe brechen solle. Ich glaube nicht, daß in diesen Fällen — abgesehen von besonderen Gründen — Veranlassung vorhanden wäre, die bestehenden älterlichen Nießbrauchsrechte, die bestehenden Rechtsverhältnisse der Minderjährigen, die bestehenden Kauf- und Miethverträge mit unter die Bestimmung des neuen Gesetzes zu ziehen. S. auch l. un. i. f. C. de rei ux. act. 5. 13, Nov. 22 c. 1. Seuff. Arch XII. 119, XIX. 3 XXI. 91, XXXV. 322, XXXVIII. 162, XXXIX. 332. Entscheid. des RG. I S. 375, IV S. 270. Anders Seuff. Arch. XVIII. 104,

3. Wie ein neuer Rechtssatz sich rückwirkende Kraft zuschreiben kann, obgleich sie ihm nach dem oben aufgestellten Grundsatze nicht zukommt, so ist es umgekehrt auch möglich, daß ein neuer Rechtssatz eine der früheren Zeit angehörige Thatsache oder einen der früheren Zeit angehörigen Zustand nicht ergreifen will, obgleich dieselben nach dem aufgestellten Grundsatze unter ihn fallen[7]. Und auch hier ist eine ausdrückliche Erklärung des Rechtssatzes nicht erforderlich; es genügt, daß sein wirklicher Wille durch Auslegung festgestellt werden kann[8].

4. In der hervorragenden Aufgabe, welche nach dem Gesagten der Auslegung in dieser Lehre zufällt, liegt ein Hauptgrund ihrer Schwierigkeit. Ein anderer Grund ist die Flüssigkeit des unter 1

XX. 99. Mit Savigny stellen auch Scheurl und Schmid a. a. OO. den allgemeinen Satz auf, daß die Gesetze über Dasein und Inhalt der Rechte die bestehenden Rechtsverhältnisse ergreifen. Diese Schriftsteller bestreiten aber (bei Scheurl ist dieß der Hauptgedanke), daß darin eine Rückwirkung liege, da solche Gesetze die Vergangenheit unberührt ließen. Das Letzere ist richtig; aber immerhin berühren sie in der Vergangenheit entstandene Rechtsverhältnisse. Theilweise wie Savigny, Böhlau a. a. O., indem er dessen Aufstellung auf Gesetze beschränkt, durch welche ein ganzes Rechtsinstitut aufgehoben, oder doch so wesentlich umgestaltet werde, daß die alte neben der neuen Form des Gesetzes keinen Raum mehr habe; im Uebrigen sei Savigny gegenüber „die communis opinio gewiß im Rechte". — Lassalle lehrt: kein Gesetz darf zurückwirken, welches ein Individuum nur durch die Vermittelung seiner Willensaction trifft; jedes Gesetz darf zurückwirken, welches das Individuum ohne Dazwischenkunft eines solchen freiwilligen Acts trifft.

[7] So schrieb Justinian, als er in l. 29 C. de testam. 6. 23 die Testamentsform erschwerte, vor, daß davon die bereits errichteten Testamente unberührt bleiben sollten, obgleich doch ein Testament in gleicher Weise, wie ein bestehendes Verwandtschaftsverhältniß, nur die Aussicht auf einen künftigen Erwerb der Erbschaft eröffnet. S. auch Nov. 66 c. 1 § 4.

[8] Wenn eine neue Testamentsform vorgeschrieben wird, ist dann nicht auch ohne ausdrückliche Erklärung des Gesetzgebers anzunehmen, daß er Denjenigen, welche schon vor dem neuen Gesetze testirt haben, nicht die Pflicht habe auferlegen wollen, ein neues Testament zu errichten? Ist auch anzunehmen, daß, wenn die neue Testamentsform leichter ist, er das früher ungültig errichtete Testament nach der neuen Form habe aufrecht erhalten wollen? Vgl. Savigny S. 410. 466. Publicationsverordnung zum Preuß. Landrechte Art. XII, zum Bad. Landrechte Art. XI Nr. 1—3, zum Sächs. bürgerl. Gesetzbuche § 23. Darf angenommen werden, daß bei Veränderung des Großjährigkeitstermins der Gesetzgeber nicht die Absicht gehabt habe, den bereits großjährig Gewordenen die Großjährigkeit wieder zu entziehen? S. Note 4.

aufgestellten Princips[8a], ein fernerer, daß es in einem gegebenen Falle zweifelhaft sein kann, ob die entscheidende Thatsache dieser oder jener Zeit angehört[9.10].

[8a] Göppert a. a. O. S. 108 fg. hat sich Mühe gegeben, eine festere Abgrenzung zu gewinnen; ich zweifle, daß es ihm gelungen ist.

[9] Wenn ein neues Gesetz eine Obligation, welche bis dahin für den Schuldner unvererblich war, für vererblich erklärt, und der Erbfall tritt nach dem Erlasse des neuen Gesetzes ein, ist dann die entscheidende Thatsache der Erbfall, oder diejenige Thatsache, welche die Verpflichtung des Erblassers begründet hat, eine Verpflichtung mit der Qualität der Unvererblichkeit? Im ersten Sinne haben das OAG. zu Lübeck und der oberste Gerichtshof zu München bei Seuff. Arch. IV. 93, XXXIX. 82 entschieden, nicht mit Recht, wie ich glaube. Ebenso, wenn bisher der Satz dies interpellat pro homine gegolten hat, und ein neues Gesetz hebt ihn auf, muß man dann nicht sagen, daß der Schuldner einer früher entstandenen Obligation dennoch ohne Mahnung in Verzug komme, wegen einer der Obligation durch das frühere Recht gegebenen Qualität? Vgl. Stobbe 1. Aufl. S. 167 lit. b. 2. Aufl. S. 191 Note 15. Seuff. Arch. XXVI. 16.

[10] Detailausführungen bei: Savigny VIII § 388 fg., Unger I § 21, Schmid S. 119 fg., Stobbe § 28, Roth § 50. Nur eine Frage soll hier noch berücksichtigt werden, die nach der Tragweite neuer Verjährungsgesetze; von derselben handeln im Besonderen: Herrmann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. II S. 69 fg. (1846), Stephan Arch. f. civ. Pr. XXXII S. 151 fg. (1849), Scheurl a. a. O. S. 143 fg. Vgl auch die ausführlichen Bestimmungen in der Publicationsverordnung zum Sächs. bürgerl. Gesetzb. § 8 fg. Es ist Folgendes zu sagen. Der Beginn der Verjährung gibt den Verhältnissen noch nicht ihre fertige rechtliche Ausprägung; daher wird die laufende Verjährung von dem neuen Rechtssatze ergriffen, und es hat der Verjährende keinen Anspruch darauf, sie nach dem alten Rechtssatze zu vollenden, wenn der neue Rechtssatz sie für unzulässig erklärt, oder für dieselbe eine Bedingung verlangt, welche nach dem früheren Rechtssatze nicht erforderlich war, z. B. guten Glauben. Es hat in dem letzteren Falle auch nicht etwa der Verjährende die Befugniß, wenigstens dann, wenn später die erforderliche Bedingung eingetreten ist, die unter dem früheren Rechtssatze ohne diese Bedingung abgelaufene Verjährungszeit zu der mit dieser Bedingung abgelaufenen hinzuzurechnen; der neue Rechtssatz verlangt diese Bedingung für die ganze Verjährungszeit.' Erschwert dagegen der neue Rechtssatz nicht die Bedingungen der Verjährung, sondern erhöht er nur ihre Dauer, so wird dadurch die bisher abgelaufene Verjährungszeit nicht unnütz; denn daß der Ablauf der Zeit unter den vorhandenen Bedingungen eine Verjährung begründe, war auch schon früher Rechtens, und der neue Rechtssatz verlangt nur, daß ein gewisser Zustand eine gewisse Zeit gedauert habe, nicht, daß er unter seiner Herrschaft eine gewisse Zeit gedauert habe. Das Gleiche, daß die früher abgelaufene Zeit nicht unnütz wird, ist auch zu sagen, wenn der neue Rechtssatz die Verjährungszeit erniedrigt, nur nicht auch,

§ 33.

Wenn sich ein Rechtssatz rückwirkende Kraft beilegt, so ist das nicht so zu verstehen, als wenn auch Fälle, welche durch gütliche Uebereinkunft oder rechtskräftiges Urtheil vollständig erledigt sind, von dem Rechtssatze ergriffen würden; sie sind und bleiben erledigt[1]. Aber auch wenn ein Urtheil vorliegt, welches noch nicht rechtskräftig geworden ist, muß für den betreffenden Fall das frühere und nicht das neue Recht zur Anwendung gebracht werden, weil der Richter der höheren Instanz der Prüfung des angefochtenen Urtheils das zur Zeit, wo es gesprochen wurde, geltende Recht zu Grunde zu legen hat[2]. —

Rechtssätze, welche eine authentische Interpretation eines früheren Rechtssatzes aufstellen, legen ihren Inhalt in den früheren Rechtssatz hinein, und wollen sich also betrachtet wissen, als hätten sie bereits von der Zeit des früheren Rechtssatzes an gegolten. Deßwegen sind sie maßgebend für alle von dieser Zeit an begründeten Rechtsverhältnisse[3], aber nicht eigentlich kraft einer ihnen beigelegten rückwirkenden Kraft; sie sind maßgebend für jene Verhältnisse nicht obgleich dieselben einer früheren Zeit ange-

daß die früher abgelaufene Verjährungszeit zu ihrem vollen Werthe gerechnet werden dürfe. Es würde darin eine Beeinträchtigung dessen, gegen den die Verjährung läuft, liegen, von welcher nicht anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber sie gewollt habe; was sich am Schärfsten herausstellt, wenn die bisher abgelaufene Verjährungszeit der Vorschrift des neuen Gesetzes bereits entspricht. (Die Verjährungszeit betrug bisher 20 Jahre; 10 Jahre sind verflossen; nun wird eine zehnjährige Verjährungszeit eingeführt.) Man wird in einem solchen Falle dem präsumtiven Willen des Gesetzgebers genügen, wenn man entweder die abgelaufene Verjährungszeit auf den Maßstab der neuen reducirt (in dem angegebenen Beispiele: abgelaufen ist die Hälfte der Verjährungszeit, die Hälfte von 10 ist 5), oder wenn man dem Verjährenden gestattet, entweder die Verjährung nach dem alten Gesetze zu vollenden, oder nach dem neuen eine neue zu beginnen.

[1] Dieser Satz ist in den Quellen nicht principiell, aber in zahlreichen Anwendungen ausgesprochen. L. un. § 4 C. de contr. iud. 1. 53, l. 17 C. de fide instr. 4. 21, l. 21 C. ad SC. Vell. 4. 29, l. 15 § 5 C. de leg. her. 6. 58, Nov. 19 prooem. c. 1. J. R A. § 174. Möglicherweise will auch das Gesetz, daß Sachen, welche nur anhängig sind, ihm entzogen sein sollen; auch hier kommt Alles auf Auslegung an. Seuff. Arch. XXX. 108. § 33.

[2] Nov. 115 c. 1. A. M. für die heutige Berufung Göppert a. a. O. S. 160 fg.

[3] Nov. 19 prooem., Nov. 143.

hören, sondern weil dieselben im Sinne des Rechtssatzes einer früheren Zeit nicht angehören. Daraus folgt, daß, wenn über einen Fall noch nicht rechtskräftig abgeurtheilt ist, dem Urtheile der höheren Instanz der Inhalt des auslegenden Rechtssatzes zu Grunde gelegt werden muß. Aber es kann daraus nicht gefolgert werden, daß auch Fälle, welche durch rechtskräftiges Urtheil oder auf gütlichem Wege bereits vollständig erledigt sind, von der Bestimmung des auslegenden Rechtssatzes neuerdings ergriffen würden[4].

II. Räumliche Grenzen.

§ 34.

Innerhalb der Zeit, für welche die Rechtssätze gelten, gelten sie für einen gewissen Raum. Dieser Raum kann mit dem Raume, welchen ein bestimmter Staat einnimmt, zusammenfallen, er kann enger, er kann weiter sein[1].

[2]Daß aber ein Rechtssatz für einen gewissen Raum gilt, hat

---

[4] Es ist eine Sache der äußersten Unwahrscheinlichkeit, daß ein Gesetzgeber vollkommen abgethane rechtliche Verhältnisse wieder aus ihrem Grabe habe hervorrufen wollen. Auch wenn ein Rechtssatz sich ausdrücklich rückwirkende Kraft beigelegt hat, versteht sich ja nicht von selbst, daß er sich auf die erledigten Fälle erstreckt. Savigny S. 512 fg., Beseler § 21 Note 17, Stobbe I S. 183, Pfaff u. Hofmann Commentar zum österr. bürg. Gesetzbuch I S. 213, Göppert S. 180 fg. — Ganz leugnet die rückwirkende Kraft der interpretirenden Rechtssätze Bremer Jahrb. d. gem. R. II S. 241 fg. (1858); seine Meinung ist, daß in denselben für die frühere Zeit nur eine Belehrung enthalten sei. S. dawider Böhlau Mecklenb. Landr. I § 67 Note 32. Gegen die rückwirkende Kraft de lege ferenda Göppert S. 187 fg.

§ 34. [1] Das gemeine deutsche Recht gilt für alle oder für die größere Zahl der deutschen Staaten. Die deutschen Particularrechte umfassen zum größten Theile nur einen Theil des Gebiets des betreffenden Staats. (Vgl. darüber Roth, die deutschen Particularrechte, Arch. für prakt. Rechtswissensch. VIII S. 317 fg.)

[2] Die im Folgenden behandelte Lehre hat eine sehr reiche Literatur. Die ältere s. bei Wächter Arch. f. civ. Pr. XXIV S. 230 fg. Aus der neueren Zeit ist vor Allem zu bemerken der genannte Aufsatz von Wächter Arch. f. civ. Pr. XXIV S. 230 fg. (1841), fortgef. XXV S. 1 fg. 161 fg. 361 fg. (1842), und die ausführlichste Schrift über unseren Gegenstand: L. Bar das internationale Privat- und Strafrecht (1862). Dazu Derf. krit. VJSchr. XV S. 1 fg. Ferner: Schäffner Entwickelung des internationalen Privatrechts

nicht die Bedeutung, daß er einer jeden in diesem Raume erfolgenden Rechtsentscheidung zu Grunde gelegt werden muß, so wenig wie die zeitliche Abgrenzung des Herrschaftsgebiets der Rechtssätze die Bedeutung hat, das Recht einer gewissen Zeit zur ausschließlichen Quelle der in dieser Zeit zu treffenden Rechtsentscheidungen zu machen. Vielmehr ist in jedem Raume das Recht dieses Raums nur in so weit zur Anwendung zu bringen, als auch das zu beurtheilende Rechtsverhältniß diesem Raume angehört, dagegen fremdes Recht, wenn das zu beurtheilende Rechtsverhältniß einem fremden Raume angehört[3]. Keine Frage freilich ist es, daß das

(1841). Günther in Weiske's Rechtslex. IV S. 721—755 (1843). Pütter das praktische Europäische Fremdenrecht (1845). Savigny System VIII § 345—382 (1849). Pfeiffer das Princip des internationalen Privatrechts (1851). Pütter Arch. f. civ. Pr. XXXVII S. 384 fg. und XXXVIII S. 57 fg. (1854. 1855). Bornemann Erörterungen aus dem Gebiete des Preußischen Rechts Heft 1 Nr. 2 (1855). R. Schmid (§ 32*) S. 4—101 (1863). Fr. Mommsen Arch. f. civ. Pr. LXI S. 149 fg. (1878). — Kierulff S. 73—82, Sintenis I § 7, Wächter I § 34. Württemb. Privatr. II § 18—20. Unger I § 22. 23. Beseler § 38. 39, Stobbe I § 29—34, Roth § 51, Thöl Einl. in das deutsche Privatr. § 71—85. Roth Bayr. Civilrecht I § 16, Böhlau Mecklenb. Landrecht I § 69—77. — Vesque v. Püttlingen Handbuch des in Oesterreich-Ungarn geltenden internationalen Privatrechts (1868, 2. Aufl. 1878). — Aus der ausländischen Literatur: Jos. Story comment. on the conflict of laws foreign and domestic. Boston 1834, neueste Aufl. 1878. Foelix traité du droit international privé. Paris 1843. 4. Aufl. 1876. Rob. Phillimore comment. upon international law (vol. 4: Private international law. London 1861. 2. Aufl. 1874). F. Laurent le droit civil international. Bruxelles 1880. 1881 (bisher 6 Bde.). Asser (Prof. in Amsterdam) das internationale Privatrecht. Ein Leitfaden. Aus dem Holländischen übersetzt von M. Cohn. 1880. Westlake Lehrbuch des internationalen Privatrechts. Deutsche Ausgabe, besorgt von Fr. v. Holtzendorff. 1884. — Ueber die Grundsätze des römischen Rechts s. noch Voigt ius naturale IV S. 285 fg., über die Grundsätze des älteren deutschen Rechts Stobbe Jahrb. d. gem. R. VI. 2. — Man spricht gewöhnlich von der „örtlichen Collision der Gesetze" (früher: „der Statute"), und nennt die Lehre auch wohl, nach englischem und amerikanischem Vorbilde, die Lehre vom „internationalen Privatrechte".

[3] Dieß ist die Theorie Savigny's; um zu wissen, welches Recht auf ein gegebenes Rechtsverhältniß anzuwenden sei, müsse man seinen „Sitz" aufsuchen. Früher suchte man die Frage zu erledigen durch die Eintheilung in statuta personalia, realia, mixta, wovon der Sinn folgender war: die Rechtsverhältnisse der Person als solcher bestimmen sich nach dem Rechte des Wohnsitzes der Person, die Rechtsverhältnisse an Sachen nach dem Rechte des

einheimische Recht die Anwendung fremden Rechts ausschließen kann, sowie daß eine solche Ausschließung nicht ausdrücklich zu erfolgen braucht, sondern daß es genügt, wenn der Ausschließungswille aus dem Ausdrucke oder aus dem Inhalte eines Rechtssatzes mit Sicherheit erkannt werden kann, wobei auch hier[4] von besonderer Bedeutung der Grad der Wichtigkeit ist, welche ein Rechtssatz dem von ihm aufgestellten sittlichen oder volkswirthschaftlichen Principe beilegt[5]. Aber soweit ein gegentheiliger Wille eines

Orts, wo die Sache sich befindet, die Rechtsverhältnisse, welche aus Handlungen entstehen, nach dem Rechte des Orts, wo die Handlung vorgenommen worden ist; doch wurde im Betreff des Letzteren vielfach die Beschränkung hinzugefügt, daß es nur für die Form der Handlung gelten solle. Den schwächsten Punkt dieser Theorie bildeten offenbar die statuta mixta; gegen die beiden ersten Sätze derselben ist, wenn sie richtig gefaßt werden, was freilich nicht immer geschah, nichts einzuwenden. Vgl. über diese Theorie Wächter Arch. XXIV S. 270 fg., Savigny S. 121 fg., Bar S. 20 fg. — Andere Principien, welche man in dieser Lehre aufgestellt hat (vgl. darüber Wächter Arch. XXIV S. 298 fg. XXV S. 1 fg., Savigny VIII S. 124 fg., Bar S. 40 fg., Schmid S. 126), sind folgende. 1) Nach dem fremden Rechte sind zu beurtheilen die unter demselben begründeten Verhältnisse. 2) Nach dem fremden Rechte sind zu beurtheilen die unter demselben erworbenen Rechte. 3) Nach dem fremden Rechte sind zu beurtheilen die Rechtsverhältnisse der Personen, welche unter demselben ihren Wohnsitz haben. Wächter stellt kein weiteres Princip auf, als daß nach dem fremden Rechte zu urtheilen sei, wenn dieß dem Sinne und Geiste des betreffenden einheimischen Rechtssatzes gemäß sei. Eine Annäherung an diesen Standpunkt zeigt die Schrift Bar's, welche sich selbst als nähere Ausführung der Wächter'schen und Savigny'schen Principien bezeichnet (S. 58). Ueber Schmid, der im Uebrigen den Savigny'schen Ausgangspunkt anerkennt (S. 26), s. Note 5. Für die Savigny'sche Grundauffassung auch Martin Arch. f. prakt. RW. N. F. V S. 226 fg., ebenso die neuesten Stimmen über unsere Lehre, die in Note 2 genannten Lehrbücher von Stobbe, Roth und Böhlau (welcher Letztere nur für Bestimmung der Ortsangehörigkeit der Rechtsverhältnisse einen besonderen Weg einschlägt, vgl. § 35 Note 9).

[4] Vgl. § 32 Note 5.

[5] Savigny (§ 349) stellt den allgemeinen Satz auf, daß jedes auf Gründen der Sittlichkeit, oder des öffentlichen Wohls beruhende Gesetz ausschließliche Anwendbarkeit für sich in Anspruch nehme. Derselbe weist ferner als „unter allen Umständen unanwendbar" aus „Rechtsinstitute eines fremden Staates, deren Dasein in dem unserigen überhaupt nicht anerkannt ist", z. B. wenn das fremde Recht das Institut des bürgerlichen Todes kennt, das unserige nicht. Noch weiter, als Savigny, geht Schmid a. a. O. S. 26 fg. Derselbe schließt die Anwendung fremden Rechts aus: 1) wenn sie nicht als Bedingung

Rechtssatzes oder des Rechtsganzen, zu welchem er gehört, nicht hervortritt, ist eben anzunehmen, daß das einheimische Recht nur diejenigen Rechtsverhältnisse ergreifen wolle, die seinem Raume angehören, und daß es für die einem fremden Raume angehörigen das fremde Recht zulassen wolle[6]. Und zwar kann es dabei keinen Unterschied machen, ob das Recht, welches concurrirt, ein Recht desselben Staats, oder ob es ein Recht eines fremden Staats ist. Die entgegengesetzte Ansicht, nach welcher das Recht eines fremden Staates principiell ausgeschlossen sein soll[7], beruht auf einer ungenügenden Auffassung des Verhältnisses der einzelnen in den völkerrechtlichen Verkehr aufgenommenen Staaten. Dieselben schließen sich nicht eifersüchtig gegen einander ab, sondern erkennen sich gegenseitig an als Mitarbeiter an der gemeinsamen Arbeit des Menschengeschlechts, und in dieser Arbeit als Glieder einer höheren Gemeinschaft. So erscheint die Rechtsordnung eines jeden zu dieser Gemeinschaft gehörigen Staats jedem anderen zu derselben gehörigen Staate als Organ der allgemeinen Rechtsordnung, und daher in keinem anderen Lichte, als seine eigene Rechtsordnung.

---

eines gesicherten nationalen Verkehrs unter Privaten erscheine; 2) wenn durch sie eine Störung in der eigenen rechtlichen Ordnung herbeigeführt werde, die ein bedeutenderes rechtliches Interesse verletze, als in dem gesicherten internationalen Verkehre liege. Gegen die Aufstellung einer allgemeinen Regel erklären sich auch Böhlau S. 490 fg. und Mommsen S. 192 fg. — Vgl. Seuff. Arch. I. 35, VI. 306, VIII. 1. 7, IX. 1, XXXI. 194.

[6] Es ist das Verdienst Wächter's, mit Energie betont zu haben, daß die Frage nach der Anwendbarkeit fremden Rechts nur aus dem einheimischen Rechte beantwortet werden könne, und diese Auffassung ist gegenwärtig die fast allgemein herrschende. Doch lehrt im Widerspruche mit derselben neuestens Böhlau (a. a. O. § 71), die Anwendung des fremden Rechts innerhalb seines Wirkungskreises sei gemeines deutsches Recht; diese Anerkennung ergebe sich als nothwendige Consequenz aus dem gemeinrechtlichen Satze, daß dem Fremden Rechtsgleichheit mit dem Einheimischen zukomme. Aber ist nicht auch das Rechtsgleichheit, wenn er nach demselben Rechte beurtheilt wird, wie der Einheimische? Abweichend nach ganz anderer Seite jetzt auch Brinz in der 2. Aufl. seines Pandektenlehrbuchs, welcher das internationale Privatrecht für Völkerrecht erklärt. Seuff. Arch. XXXIII. 184 (RÖHG.).

[7] Sie wird vertreten von Pfeiffer (Note 2), Pütter (Note 2), Puchta Pand. § 113, Hälschner Diss. iuris gentium de legum quae ad ius privatum pertinent vi et auctoritate, quam obtinent extra civitatis fines. 1851.

§ 35.

Für die Frage, welches der Punkt des Raums sei, welchem die einzelnen Rechtsverhältnisse angehören, sind folgende Sätze maßgebend.

1. Das Verhältniß der Person zum Rechte überhaupt, von welchem ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit abhängt, bekommt seine Beziehung auf den Raum durch den Wohnsitz[1] der Person[2].

2. Die Rechtsverhältnisse an Sachen gehören demjenigen Punkte des Raums an, wo die Sache sich befindet. Dieses gilt sowohl für bewegliche Sachen, wie für unbewegliche. Nur können bewegliche Sachen ihren Ort wechseln, und daher kann möglicherweise für den Erwerb des Rechts an denselben ein anderes Recht maßgebend sein, als für den Inhalt und den Fortbestand des Rechts[3].

§ 35. [1] Beispiele. Wer nach dem Rechte seines Wohnsitzes mit 21 Jahren volljährig wird, muß auch unter einem Rechte, nach welchem die Volljährigkeit erst mit dem 25. Jahre eintritt, als volljährig anerkannt werden. Eine Frau, welche nach dem Rechte ihres Wohnsitzes ohne Beistand handlungsfähig ist, ist es auch für den Richter eines Orts, dessen Recht die Handlungsfähigkeit der Frauen an die Zuziehung eines Beistandes bindet. — Ueber die diesem Grundsatze etwa hinzuzufügenden Beschränkungen, und speciell über die dabei aufgestellte Unterscheidung zwischen Dasein der rechtlichen Eigenschaften einer Person an sich und den rechtlichen Wirkungen dieser Eigenschaften, so wie über die Frage, ob nicht die Rechtsfähigkeit dem Grundsatz ganz zu entziehen sei, s. Wächter Arch. XXV S. 167 fg., Savigny S. 134 fg., Bar S. 148 fg. (krit. VJSchr. XV S. 21 fg.), Schmid S. 32 fg., Stobbe § 30, Böhlau S. 472 fg., Mommsen S. 163 fg. — Seuff. Arch. II. 2, IV. 236, XII. 243, XIII. 79. 181, XIV. 4, XV. 94. 199, XX. 4, XXII. 5, XXIV. 2, XXVIII. 188, XXIX. 210, XXXIV. 83.

[2] Wie bei Wohnsitz ohne Wohnrecht oder ohne Staatsangehörigkeit? Die Frage wiederholt sich in allen anderen Fällen, in welchen der Wohnsitz der Person das anzuwendende Recht bestimmt. Nach der herrschenden Meinung entscheidet der Wohnsitz, auch wenn er mit Wohnrecht oder Staatsangehörigkeit nicht verbunden ist. Gegen dieselbe Bar S. 73. 83 fg. (krit. VJSchr. XV S. 16 fg.), Bähr Jahrb. f. Dogm. XXI S. 343 fg., Mommsen S. 151 fg.; für die herrschende Meinung Stobbe S. 208 fg., Böhlau S. 469 fg. Vgl. Seuff. Arch. XX. 3, XXXI. 104, XXXII. 2. WO. § 84. — Mehrfaches Domicil: Savigny S. 101, Bar S. 91.

[3] Wenn z. B. an einer beweglichen Sache in einem Lande, dessen Recht für die Eigenthumsübertragung Tradition nicht verlangt, Eigenthum durch bloßen Vertrag erworben worden ist, und die Sache darauf in ein Land kommt, dessen Recht Tradition für nothwendig erklärt, so muß doch das Eigenthum an der Sache auch von dem Richter dieses Landes anerkannt werden. Vgl. Seuff

3. Der Punkt des Raums, welchem obligatorische Rechtsverhältnisse[4] angehören, wird bestimmt durch den Wohnsitz der Parteien. An und für sich nicht minder durch den Wohnsitz des Gläubigers, als durch den des Schuldners[4a]; da aber der Gläubiger derjenige ist, welcher verlangt, so muß er, um überhaupt etwas zu erlangen, das Recht des Wohnsitzes des Schuldners acceptiren, wenn dieser auf dem Rechte seines Wohnsitzes besteht[5], umgekehrt aber auch das Recht seines eigenen Wohnsitzes, wenn es dem Schuldner paßt, auf dieses zu greifen. Anders nur bei solchen Obligationen, welche ihren Grund haben nicht in einer vorübergehenden Thatsache, sondern in einem dauernden Verhältnisse; Obligationen dieser Art gehören demjenigen Punkte des

---

Arch. VI. 128, XXIV. 102. Wäre aber nach dem fremden Rechte eine unbedingte Vindication beweglicher Sachen begründet, nach dem einheimischen nicht, so müßte der Richter im Betreff dieser Frage nach dem einheimischen Rechte entscheiden. Anderes Beispiel. Das einheimische Recht erkennt ein Pfandrecht an Mobilien nur als Faustpfand an, das fremde ohne diese Beschränkung; die in dem fremden Lande verpfändete Sache darf, nachdem sie in das Inland gelangt ist, nur so lange als verpfändet anerkannt werden, als sie in dem Besitze des Gläubigers bleibt. Wächter Arch. XXV S. 199. 200. 383 fg., Savigny S. 169 fg., Bar S. 188 fg., Schmid S. 53 fg., Stobbe § 32, Böhlau S. 464 fg. Wie bei Sachen, welche sich auf der Reise befinden? Savigny S. 178 fg., Bar S. 181 fg, Böhlau S. 466 fg., Mommsen S. 171 fg. — Seuff. Arch. XVI. 1, XVII. 111, XXII. 205, XXIII. 103, XXVIII. 2. Entsch. des RG. VIII S. 210.

[4] Im Betreff der obligatorischen Rechtsverhältnisse gehen die Ansichten ganz ungemein auseinander. Wächter Arch. XXV S. 389 fg., Savigny S. 205 fg., Bar S. 230 fg., Schmid S. 63 fg., Stobbe § 33, Böhlau S. 453 fg., Mommsen S. 172 fg.

[4a] Wenn man sagt, daß die in der Person des Schuldners vorhandene Nothwendigkeit der Handlung das eigentliche Wesen der Obligation ausmache (Savigny S. 201), oder: daß die Person des Schuldners inniger mit dem ganzen Rechtsverhältniß verbunden sei als die des Gläubigers (Bar S. 233), so ist dem entgegenzusetzen, daß jede rechtliche Verpflichtung nur durch das von der Rechtsordnung gesetzte Recht besteht; nicht die Verpflichtung ist das Principale, sondern das Principale ist das Recht. Auf diesem Wege könnte man sogar geneigt sein, eine Prävalenz des Rechtes des Gläubigers zu behaupten; man würde dabei aber übersehen, daß das Recht nur für die begriffliche Construction das Principale ist, mit dem Recht aber die Verpflichtung unmittelbar gegeben, die Verpflichtung nur die andere Seite des Rechts ist.

[5] Vgl. Sachsenssp. III. 33 § 2. „Jewelk man mut ok antwerdten vor' me koninge in allen steden na sime rechte unde nicht na des klegeres rechte".

Raums an, an welchem das begründende Verhältniß besteht[6]. Wird mit Rücksicht auf ein an einem bestimmten Orte bestehendes Verhältniß eine Obligation durch Vertrag begründet[7], so ist anzunehmen, daß die Parteien sich dem Rechte dieses Orts haben unterwerfen wollen[8]. Auch in anderen Fällen kann eine stillschweigende Unterwerfung der Parteien unter das Recht eines gewissen Orts angenommen werden müssen, ohne daß sich darüber eine allgemeine Regel aufstellen ließe[9].

[6] Daher ist z. B. die obligatorische Wirkung einer Vormundschaft, einer Vermögensgemeinschaft, nach dem Rechte des Orts zu beurtheilen, wo die Vormundschaft geführt wird, wo die gemeinschaftlichen Vermögensobjecte sich befinden. — Eine bloß vorübergehende Thatsache vermag die Obligation an den Raum, wo die Thatsache auftritt, nicht zu fesseln. Dieß gilt nicht bloß von Rechtsgeschäften (anders noch vielfach die Praxis, Seuff. Arch. II. 120. 253, VI. 1, XI. 111, XII. 299, vgl. IV. 3, XXII. 2, auch XXXVIII. 201), sondern auch von Delicten, Savigny S. 278 fg., Wächter Arch. XXV S. 392 fg., Schmid S. 74 fg., Böhlau S. 459 (vgl. Note 9); anders Bar S. 243. 317 fg., Mommsen S. 176 fg. Nur macht sich im Betreff der Delicte die Erwägung geltend, daß nicht anzunehmen ist, daß ein Staat geneigt sei, die Bestimmung der Folgen der auf seinem Gebiete begangenen Delicte einem fremden Rechte zu überlassen. Demgemäß ist wegen der im Inlande verübten Delicte der Ausländer wie der Inländer nach inländischem Rechte zu beurtheilen. (Für das Recht des Delictsorts: Seuff. Arch. I. 153, II. 118, III. 295, IX. 247, XXX. 222 Nr. I, XXXI. 196, XXXIII. 185, vgl. auch XIX. 212; für das Recht des Gerichtsorts das. II. 4, III. 135, IV. 4, IX. 1, XI. 3, XXV. 115, XXX. 222 Nr. II. Vgl. noch XIX. 197.)

[7] Z. B. es wird über eine Lieferung für ein an einem bestimmten Orte bestehendes Fabrikgeschäft contrahirt. Seuff. Arch. XXXI. 195. Ein noch einfacheres Beispiel ist: es wird ein Grundstück verkauft. Seuff. Arch. VIII. 2.

[8] Es muß aber zugesehen werden, inwieweit dieß zulässig ist; es macht sich hier der Gegensatz zwischen zwingendem und nachgiebigem Rechte (§ 30) geltend.

[9] Savigny hat den Satz zu begründen versucht, daß in allen Fällen, wo die Obligation einen fest bestimmten Erfüllungsort habe, anzunehmen sei, der Schuldner habe sich dem Rechte dieses Orts unterwerfen wollen. Das ist gewiß nicht richtig; der Erfüllungsort kann für den eigentlichen Gehalt der Obligation ebenso gleichgültig sein, wie der zufällige Entstehungsort. Die römischen Grundsätze von dem s. g forum contractus hier einfach zu übertragen, wie Savigny thut, erscheint nicht hinreichend gerechtfertigt. Gegen Savigny auch Thöl Einleit. § 85, Bar S. 232 fg., Schmid S. 67 fg., Bekker über die Couponsproceſſe der Oesterreichischen Eisenbahngesellschaften S. 51 fg. Für das Recht des Erfüllungsorts dagegen wieder Böhlau S. 453 fg, auf Grund der allgemeinen Aufstellung, daß die Anwendbarkeit frem-

4. Familienverhältnisse[10]. Der Sitz der Ehe[10a] bestimmt sich durch den Wohnsitz ihres Haupts, des Ehemannes. Ebenso bestimmt sich der Sitz des Verhältnisses zwischen Eltern und Kindern durch den Wohnsitz des Vaters, in Ermangelung des Vaters durch den Wohnsitz der Mutter. Wird der Wohnsitz hinterher verlegt, so gilt von nun an das Recht des neuen Wohnsitzes[11].

---

den Rechts auf „materielle Rechtsverhältnisse" sich dadurch bedinge, daß für dieselben auswärts ein forum rei sitae, forum solutionis oder forum delicti commissi begründet sei, ferner Behrend in der Anzeige der genannten Schrift Bekker's, Zeitschr. f. HR. XXVIII S. 408. Für das Recht des Erfüllungsorts haben erkannt die Urtheile bei Seuff. II. 119, VII. 136, VIII. 3, XIV. 195, XV. 183, XIX. 5, XXI. 2, XXIV. 268, XXXI. 3, XXXV. 88; ferner das ROHG. in einer großen Reihe von Entscheidungen (Stobbe § 33 Note 3) und das RG. Entsch. I S. 184, II S. 112, III S 385. 414, IX S. 227. Vgl. noch Budde u. Schmidt Entsch. d. OAG. zu Rostock VI. 23 (Seuff. Arch. XXIV. 185). — Ueber l. 6 D. de evict. 21. 2 s. Savigny S. 252 fg. — Muß nach dem Orte der Obligation auch die Verjährungsfrage beurtheilt werden? Wächter Arch. XXV S. 408 fg., Savigny S. 273 fg, Bar S. 283 fg. (aber auch krit. VJSchr. XV S. 34 fg.), Schmid S. 74. Martin Arch. f. prakt. RW. N. F. V S. 226 fg., Stobbe § 33 Note 19 fg., Böhlau S. 462 fg., Grawein Verjährung und gesetzliche Befristung S. 195 fg. Seuffert Arch. II. 120, VI. 1, VIII. 7, IX. 246, XII 334 a. E., XIII. 5, XVI. 90. 184, XIX. 106, XXIII. 2, XXV. 2. 114, XXVIII. 186, XXX. 221, XXXIII. 95, XXXV. 87 (RG.), XXXV. 88, XXXVI. 92 (RG.), XXXVII. 3. Entsch. des RG. VI S. 24, VII S. 21, IX S. 227. Concurs: Seuff. Arch. XXII. 113. 114 und Citate bei Nr. 113, XXVI. 1, XXVIII. 100, XXXI. 105, Bar S. 488 fg., Böhlau S. 460 fg., Stobbe § 33 Note 24 fg. Actio Pauliana: West Arch. für civ. Pr. LX S. 358 fg. Seuff. Arch. XXV. 115, XXXVII. 1. Entsch. des ROHG. XVII S. 294 fg.

[10] Wächter Arch. XXV S. 184 fg., Savigny S. 324 fg., Bar S. 321 fg., Schmid S. 77 fg., Stobbe § 34, Böhlau S. 478 fg., Mommsen S. 180 fg.

[10a] Erfordernisse des Zustandekommens der Ehe: Stobbe § 34 Note 3. 9, Roth § 51 Note 52 fg., und Citate das. Ehescheidung: Stobbe § 34 Note 11, Roth § 51 Note 56 und Citate das. (hinzuzufügen Entsch. d. RG. IX S. 91 = Seuff. Arch. XXXIX. 83).

[11] Von nun an, d. h die nach dem bisherigen Rechte auf Grund der Ehe und des älterlichen Verhältnisses erwachsenen, und von ihrem Fortbestande unabhängigen, Rechtsverhältnisse bleiben unberührt. — Es ist eine weit verbreitete Meinung, daß durch die Verlegung des Sitzes der Ehe das einmal für sie geltend gewordene gesetzliche Güterrecht nicht geändert werde. Gestützt wird diese Meinung hauptsächlich darauf, daß durch Eingehung der Ehe das gesetzliche Güterrecht stillschweigend zur vertragsmäßigen Norm er-

— Der Sitz der Vormundschaft bestimmt sich durch den Wohnsitz des Mündels, es müßte denn für einen besonderen Theil des Mündelvermögens eine besondere örtliche Vormundschaft errichtet worden sein.

5. Erbrecht. Die Grundlage des Erbrechts bildet der Eintritt des Erben in das Vermögen des Verstorbenen als gedachte Einheit, und der Sitz des Vermögens in diesem Sinne ist, wo auch die einzelnen Bestandtheile des Vermögens sich befinden mögen, kein anderer, als der Wohnsitz der Person. Daher wird Jemand beerbt, sowohl aus letztem Willen als ohne letzten Willen, nach dem Rechte seines Wohnsitzes, und dabei sind auch seine unbeweglichen Sachen nicht ausgenommen[12].

6. Was die Form der Rechtsgeschäfte angeht, so ist durch ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht anerkannt, daß die

---

hoben worden sei. (Dafür die Urtheile bei Seuff. I. 152, X. 221, XIV. 106, XX. 2, XXIV. 104, XXVIII. 187; ohne Berufung auf den stillschweigenden Vertrag IX. 302, XV. 95, XXXII. 103. 104, XXXVII. 319 (RG., Entsch. VI S. 323). Dawider VII. 137, XIV. 106 Nr. 2, XVIII. 1, XXVI. 288, vgl. auch XIV. 198. S. auch Roth I § 51 Note 69. Da es keines Beweises bedarf, daß es sehr häufig bei der Eingehung der Ehe an einem bestimmten Bewußtsein der Ehegatten und namentlich der Ehefrau über das für die Ehe Platz greifende Güterrecht, und damit an aller Grundlage für die Annahme eines stillschweigenden Vertrags fehlen wird, so hat Savigny mit einer „allerdings etwas subtilen" Unterscheidung (S. 112) an die Stelle des stillschweigenden Vertrags eine „freiwillige Unterwerfung" der Ehegatten gesetzt. Diese freiwillige Unterwerfung findet er aber lediglich in der Thatsache des Nichtwiderspruchs, und es ist nicht abzusehen, wie aus dieser Thatsache, insofern nicht eine Willenserklärung in ihr enthalten ist, irgend welche rechtliche Folge könne hergeleitet werden. Das Richtige ist, daß möglicherweise ein stillschweigender Vertrag kann angenommen werden müssen; aber es hängt von den Umständen des einzelnen Falls ab. Besondere Abhandlungen über diese Frage: Funk Arch. f civ. Pr. XXI S. 368 fg. XXII S. 99 fg. (1838). Bremer Zeitsch. f. deutsch. R. XVIII Nr. 7 (1858). Fernere Literatur: Wächter XXV S. 53 fg., Savigny S. 328 fg., Bar S. 341 fg., Roth § 51 Note 66 fg., Stobbe § 34 Note 18 fg., Schmid S. 81 fg., Böhlau S. 481 fg., Mommsen S. 183 fg.

[12] Wächter Arch. XXV S. 184 fg. 361 fg., Savigny S. 295 fg., Bar S. 376 fg., Schmid S. 93 fg., Stobbe § 34 Nr. X, Böhlau S. 475 fg., Mommsen S. 178 fg. Seuff. Arch. I. 92, II. 354, IV. 92, VI. 307. 308, VII. 332, XIII. 121, XIV. 107, XV. 95, XXIII. 4, XXXII. 105, XXXIII. 88, XXXV. 90, XXXIX. 84. Früher wollten Viele die Immobilien auch für das Erbrecht unter das Recht der belegenen Sache stellen.

Form des Orts, an welchem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird, genügt. Diese Form ist aber eben auch nur genügend, nicht nothwendig; genügend ist auch die Form des Orts, für welchen das Rechtsgeschäft zu wirken bestimmt ist[13].

Wohnsitz*.

§ 36.

Es ist noch eine nähere Feststellung des im Vorhergehenden vielfach erwähnten Begriffs des Wohnsitzes erforderlich[1]. Seinen Wohnsitz hat der Mensch an dem Orte, wo der Mittelpunkt seiner Verhältnisse und seiner Thätigkeit ist[2], auch wenn er sich an diesem Orte nicht fortwährend, selbst wenn er sich an ihm regelmäßig nur vorübergehend aufhält[3]. Welches dieser Ort sei, ist eine Frage, die im Allgemeinen für den einzelnen Fall unter Erwägung aller Umstände gelöst werden muß[4]; für gewisse Fälle ist

---

[13] Wächter Arch. XXV S. 368 fg. 405 fg., Savigny S. 348 fg., Bar S. 112 fg., Stobbe § 31, Böhlau S. 437 fg. Seuff. Arch. II. 5, X. 220, XVI. 89, XVIII. 204, XIX. 4. 6, XX. 1, XXIV. 185, XXXV. 89, XXXVII. 1, Entsch. des RG. I S. 322, IX S. 176; Seuff. Arch. XXII. 112. Nur für Rechtsgeschäfte, durch welche ein Recht an einer unbeweglichen Sache erworben werden soll, wird eine Ausnahme gemacht. Wächter Arch. XXX S. 383, Bar S. 203 fg., Schmid S. 55, Stobbe § 32 Note 7, Roth § 51 Note 91, Mommsen S. 169 fg. Seuff. Arch. VIII. 2, XXII. 204.

* Kierulff S. 122–128, Savigny VIII § 353. 354.

§ 36. [1] Die Bedeutung des Begriffs des Wohnsitzes (Domicils, domicilium) beschränkt sich nicht auf die Bestimmung des anzuwendenden Rechts. Abgesehen von den Vorschriften über die Theilnahme an den öffentlichen Rechten und Lasten hat der Wohnsitz namentlich auch einen durchgreifenden Einfluß auf die Bestimmung des Gerichtsstands.

[2] L. 7 C. de incolis 10. 40 [39]: — „in eo(dem) loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde cum profectus est, peregrinari videtur quo si rediit, peregrinari iam destitit". L. 203 D. de V. S. 50. 16: — „constitutum esse, eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet, suarumque rerum constitutionem fecisset". L. 17 § 13 l. 27 § 1 D. ad munic. 50. 1.

[3] Wie z. B. ein Kaufmann, der für sein Geschäft das ganze Jahr hindurch reist, während sein Gesellschafter die Geschäfte zu Hause besorgt.

[4] Vgl. Seuff. Arch. X. 12, XI. 108, XIV. 65, XX. 183, XXXIX. 179. Nach einem Rescripte von Hadrian sollte es als Begründung eines Wohnsitzes

sie durch eine gesetzliche Regel beantwortet[5]. In diesen Fällen ist auch der Wille der betreffenden Person gleichgültig; abgesehen von denselben ist die Begründung eines Wohnsitzes nicht möglich ohne den Willen des Begründenden. Von der anderen Seite reicht der bloße Wille nicht aus, wenn ihm das thatsächliche Verhältniß nicht entspricht. Ebenso verhält es sich mit der Aufhebung des Wohnsitzes[6]. Möglicherweise kann Jemand auch einen doppelten Wohnsitz haben[7], sowie gar keinen[8].

---

angesehen werden, wenn ein Studirender seinen Aufenthaltsort am Studienort 10 Jahre lang fortsetze, l. 2 C. de incol. 10. 40 [39]. Wohnsitz ohne Heimathsrecht: Seuff. Arch. IV. 254, VII. 242, XI. 299, XV. 75, XVII. 116, XXXI. 104, XXXII. 2, XL. 7.

[5] S. g. gesetzlicher Wohnsitz (domicilium necessarium). Diese Fälle sind folgende. Die Ehefrau hat ihren Wohnsitz am Wohnsitze ihres Mannes (domicilium matrimonii, l. 32 l. 38 § 3 D. ad munic. 50. 1, l. 5 D. de R. N. 23. 2), der Beamte am Orte seiner Amtsführung (l. 8 C. de incol. 10. 40 [39], vgl. l. 23 § 1 D. ad munic. 50. 1), der Verwiesene am Straforte (obgleich er daneben auch seinen früheren Wohnsitz behalten kann), l. 22 § 3 l. 27 § 3 D. ad munic. 50. 1. Vgl. Seuff. Arch. XII. 302, XXIII. 3.

[6] L. 20 D. ad munic. 50. 1. „Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione; sicut in his exigitur, qui negant se posse ad munera ut incolas vocari".

[7] L. 5 l. 6 § 2 l. 27 § 2 D. ad munic. 50. 1, l. 22 § 3 l. 27 § 3 eod.

[8] L. 27 § 2 cit. Seuff. XXXVIII. 203 (es kommt zur Anwendung das Recht des letzten Wohnsitzes).

Zweites Buch.

Von den Rechten überhaupt.

Erstes Kapitel.

Begriff und Arten der Rechte.

Begriff des Rechts*.

§ 37.

Von Recht im Sinne von Berechtigung (Recht im subjectiven Sinne, subjectives Recht) spricht man in doppelter Bedeutung[1].

1. Recht auf ein gewisses Verhalten, Thun oder Unterlassen, der dem Berechtigten gegenüberstehenden Personen oder einer gegenüberstehenden Person. Die Rechtsordnung (das Recht im objectiven Sinne, das objective Recht) hat auf Grund eines concreten Thatbestandes einen Befehl[2] zu einem Verhalten bestimmter Art erlassen und diesen Befehl demjenigen, zu Gunsten dessen sie ihn erlassen hat, zur freien Verfügung hingegeben. Sie überläßt

---

* Jhering Geist des römischen Rechts III § 60. 61 (1. Aufl. 1865). (Vgl. dens. der Zweck im Rechte I S. 434 fg. [2. Aufl. 443 fg.]. II S. 188. 212.). Thon Rechtsnorm und subjectives Recht (1878). Dazu die Anzeigen von Merkel Grünhut's Zeitschr. VI S. 367 fg. (1879) und von Binding krit. VJSchr. XXI S. 542 fg. (1879). Leonhard Grünhut's Zeitschr. X S. 1 fg. (1882). Bierling zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. Zweiter Theil (1883). Vgl. noch Schloßmann der Vertrag (1876) S. 243 fg., Zrodlowski das römische Privatr. I § 54 (1877), v. Schey Grünhut's Zeitschr. VII S. 756 fg. (1880), Plosz Beiträge zur Theorie des Klagerechts (1881) S. 49 fg., und darüber Baron krit. VJSchr. XXIV S. 322 fg., Bierling a. a. O. S. 57 Note, Pfersche Methodik der Privatrechts-Wissenschaft (1881), und darüber Kohler Zeitschr. f. vergl. RW. IV S. 293 fg.

[1] Die folgende Darstellung faßt, der Aufgabe dieses Lehrbuchs gemäß, § 37. nur die Privatrechte in's Auge.

[2] Norm, Imperativ. Vgl. § 27 Note 1.

es ihm, ob er von dem Befehl Gebrauch machen, und im Besondern ob er die ihm gegen den Widerstrebenden von der Rechtsordnung gewährten Mittel zur Anwendung bringen will, oder nicht. Demgemäß ist sein Wille maßgebend für die Durchsetzung des von der Rechtsordnung erlassenen Befehls. Die Rechtsordnung hat sich des von ihr erlassenen Befehls zu seinen Gunsten entäußert, sie hat ihren Befehl zu seinem Befehl gemacht. Das Recht ist sein Recht geworden.

2. Nicht diese Bedeutung hat das Wort Recht, wenn man z. B. sagt, der Eigenthümer habe das Recht, seine Sache zu veräußern, der Gläubiger das Recht, seine Forderung zu cediren, einem Vertragschließenden stehe das Rücktrittsrecht oder das Kündigungsrecht zu u. A. Man meint in diesen und ähnlichen Redewendungen mit dem Worte Recht, daß der Wille des Berechtigten maßgebend sei für die Entstehung von Rechten der zuerst gedachten Art, oder für den Untergang oder die Veränderung ent-

---

[3] Ich halte also die in den früheren Auflagen dieses Lehrbuchs aufgestellte Definition des Rechts fest. Ob dieselbe auch jetzt noch der herrschenden Ansicht entspricht, wie sie es früher entschieden that, kann nach den zahlreichen Angriffen, die sie in der neueren Zeit erfahren hat, zweifelhaft erscheinen. Diese Angriffe wenden sich bald gegen die Kategorie der Macht oder Herrschaft, bald gegen die Kategorie des Willens. In letzter Beziehung hat namentlich Jhering a. a. O. mit großer Energie geltend gemacht, daß die Definition des Rechtes nicht auf den Willen, sondern auf das Interesse gestellt werden müsse. Seine Definition lautet: Recht ist rechtlich d. h. durch Klage, geschütztes Interesse. Es ist (von Anderem abgesehen) oft gegen ihn bemerkt worden, daß die Substanz des Rechtes nicht in dem Interesse, sondern in den von der Rechtsordnung zum Schutz dieses Interesses erlassenen Aussprüchen liegt. Gewiß wird die Rechtsordnung Rechte nur zu dem Ende verleihen, um damit die Interessen derjenigen zu befriedigen, denen sie dieselben verleiht; aber in die Definition des Rechts gehört der Zweck, um dessen willen es verliehen wird, nicht. Ueber diesen Punkt haben sich ausgesprochen (theils Jhering zustimmend, theils widersprechend, theils modificirend): Bürkel krit. VJSchr. XI S. 198, Bruns in v. Holtzendorff's Encyclop. I S. 267 (4. Aufl. S. 407), Binding Normen I S. 154 fg. (s. auch II S. 50 fg.), Schloßmann a. a. O. S. 246. 256, Thon a. a. O. S. 218 fg., Kohler Jahrb. f. Dogm. XVIII S. 196 (vgl. S. 131. 199), v. Schey Grünhut's Zeitschr. VII S. 756 fg., Merkel a. a. O. S. 386 fg., Pachmann über die gegenwärtige Bewegung in der Rechtswissenschaft S. 32 fg. 50 fg., Leonhard a. a. O. S. 23 fg., Bierling a. a. O. S. 58 fg. Neuestens definirt Dernburg § 38: Recht im subjectiven Sinne ist ein dem Individuum nach der Rechtsordnung zu-

ſtandener. Es wird dem Berechtigten ein maßgebender Wille zugeſchrieben nicht für die Durchſetzung, ſondern für das Sein von Befehlen der Rechtsordnung.

Beide Arten der ſubjectiven Rechte umfaßt die Definition: Recht iſt eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrſchaft[3].

Daß die Rechtsordnung dem Berechtigten auf ſein Verlangen

ſtehender Antheil an den Lebensgütern; die Subſtanz des Rechtes iſt das rechtliche Haben. Aber was iſt „rechtliches Haben"? — Es hat jedoch die hier feſtgehaltene Definition des Rechts, was die Rechte der im Text bezeichneten erſten Art angeht, mit einer Schwierigkeit zu kämpfen. Dieſelbe liegt in der Thatſache, daß der Beſtand der dem Rechte entſprechenden Willensunterworfenheit, und ſomit des Rechtes ſelbſt, unabhängig iſt von dem realen Wollen des Berechtigten, von einer von ihm ausgehenden Willensäußerung. Wer über ein fremdes Grundſtück geht, verletzt das Recht des Eigenthümers, obgleich der Eigenthümer es ihm nicht verboten hat; wer ſeinen Gläubiger nicht zur rechten Zeit befriedigt, verletzt das Recht des Gläubigers, obgleich der Gläubiger es ihm nicht geboten hat. Und ein Recht kann auch ein Willensunfähiger ohne Vertreter haben, ja man kann ein Recht haben, ohne es zu wiſſen. Vgl. Thon S. 115 fg. (Die hier kritiſirte Anſicht Lenel's iſt von demſelben inzwiſchen zurückgenommen worden, Jahrb. f. Dogm. XIX S. 168.) Dieſer Schwierigkeit habe ich in den vorigen Auflagen dadurch zu entgehen verſucht, daß ich ſagte, die Rechtsordnung erkläre in der Verleihung eines Rechts für maßgebend nicht den Willen des Berechtigten, ſondern einen gewiſſen Willensinhalt. Dieſen Verſuch gebe ich als unvollkommen auf. Die Grundlage der jetzt hier vertretenen Auffaſſung iſt, wie ich dankbar anerkenne, dem trefflichen Buche Thon's entnommen. Auszugehen iſt davon, daß der im ſubjectiven Rechte gebietende Wille nur der Wille der Rechtsordnung iſt, nicht der Wille des Berechtigten. Selbſt wenn die Rechtsordnung den Inhalt ihres Befehls aus dem Wollen einer Perſon entnimmt, befiehlt doch ſie allein, nicht dieſe Perſon. Aber für dieſen zu Gunſten des Berechtigten erlaſſenen Befehl hat die Rechtsordnung den Willen des Berechtigten ſelbſt entſcheidend gemacht. Sein Wille iſt maßgebend für das Verhalten der ihm Gegenüberſtehenden, weil er maßgebend iſt für einen für ihr Verhalten maßgebenden Rechtsbefehl. Der Unterſchied zwiſchen der hier vertretenen Auffaſſung und der Thon's beſteht nur darin, daß Thon es ablehnt, den zu Gunſten des Berechtigten erlaſſenen Rechtsbefehl deßwegen, weil ſein Wille für denſelben entſcheidend iſt, ſeinen Befehl zu nennen. Nach Thon iſt nicht der urſprüngliche Befehl der Rechtsordnung dem Berechtigten zu eigen gegeben, ſondern ihm zu eigen gegeben ſind erſt die weiteren Befehle, welche die Rechtsordnung für den Fall des Ungehorſams gegen den Widerſtrebenden erläßt, um ihr Gebot durchzuſetzen, im Beſonderen die Befehle an die Organe der Staatsgewalt zur Gewährung von Rechtshülfe. Der urſprüngliche Befehl bleibt für Thon Befehl der Rechts-

Zwangsmittel zur Durchsetzung der von ihr verliehenen Herrschaft gewähre, gehört zum Begriffe des Rechts nicht[4].

§ 37a.

Dem Begriff des Rechts gegenüber ist noch der Begriff des Rechtsverhältnisses zu bestimmen. Ein Rechtsverhältniß ist ein rechtlich bestimmtes Verhältniß. Dieses Verhältniß kann möglicherweise nur ein Rechtsverhältniß sein, d. h. ein von der Rechtsordnung geschaffenes Verhältniß, z. B. das Eigenthum, oder zugleich ein Lebensverhältniß, an welches die Rechtsordnung nur herantritt, z. B. der Besitz[1].

---

ordnung schlechthin; das subjective Recht ist nach ihm nichts Eigenes, sondern Aussicht auf Eigenes, und der Schuldner z. B., welcher seinen Gläubiger freiwillig befriedigt, erfüllt nichts als ein Gebot des objectiven Rechts. S. gegen Thon auch Binding S. 565 fg., Merkel S. 387 fg., Bierling S. 61 fg. Ein neuester Schriftsteller (Duncker die Besitzklage und der Besitz, 1884) sagt mit Recht, daß die Thon'schen Rechte keine Rechte sind, aber er zieht daraus die Consequenz, daß es überhaupt keine Rechte gebe, sondern nur Pflichten (!). — Was die Rechte der zweiten Art angeht, so haben natürlich diesen gegenüber die Schriftsteller, welche die Definition des Rechts als einer Willensmacht bestreiten, harten Stand. Deßwegen entschließen sich Thon und Bierling kurz und scheiden sie aus der Definition des Rechts ganz aus. Thon (S. 325 fg.) will sie auch gar nicht Rechte nennen; er schlägt dafür den Ausdruck Befugnisse vor. (Umgekehrt braucht Brinz [Pand. I § 64. 65] den Ausdruck Befugniß nicht für das rechtliche „Können", sondern für das rechtliche „Dürfen".)

[4] Die herrschende Meinung sieht in der Erzwingbarkeit des Rechtsgesetzes das Kriterium, welches das Rechtsgesetz von dem Sittengesetz unterscheidet. Dieser Meinung trete ich entgegen. Ich sehe den Gegensatz zwischen dem Rechtsgesetz und dem Sittengesetz darin, daß die Gebote des Sittengesetzes Gebote schlechthin sind, die Gebote des Rechtsgesetzes Gebote um eines Andern willen, und also in dem vorhin dargelegten Sinn seine Gebote. Bei dem Sittengesetz ist nichts da, als die Pflicht; bei dem Rechtsgesetz ist die Pflicht da kraft des gewährten Rechts. Im Ausdrucke zugespitzt: das Sittengesetz setzt Pflichten, das Rechtsgesetz verleiht Rechte. Ein Recht, welchem keine Zwangsmittel zur Seite stehen, ist ein unvollkommenes Recht, aber deßwegen nicht weniger ein Recht. Vgl. Thon a. a. O. S. X S. 6 fg. Grünhut's Zeitschr. VII S. 244 fg., Bierling a. a. O. S. 202 fg.

§ 37a. [1] Der Begriff des Rechtsverhältnisses wird nicht immer mit der nöthigen Klarheit und Bestimmtheit gefaßt, und namentlich wird die im Text hervorgehobene doppelte Bedeutung, in welcher der Sprachgebrauch das Wort anwendet, häufig verkannt oder doch nicht gehörig betont, was im Besonderen auch die Verständigung darüber, ob das Privatrechtssystem ein System der

Unter Rechtsinstitut versteht man die Gesammtheit der auf ein Rechtsverhältniß sich beziehenden Rechtsvorschriften. In diesem Sinne bezeichnet man z. B. das Eigenthum und den Besitz auch als Rechtsinstitute, ebenso die Ehe, die Obligation, den Vertrag ꝛc.

Dingliche und persönliche Rechte.

§ 38.

Dingliche Rechte sind diejenigen Rechte, kraft deren der Wille des Berechtigten maßgebend ist[1] für eine Sache. Das ist nicht so zu verstehen, als ob es die Sache sei, welcher die Rechtsordnung in der Verleihung eines dinglichen Rechts Unterwerfung gebietet. Das hätte keinen Sinn. Alle Rechte bestehen zwischen Person und Person, nicht zwischen Person und Sache. Sondern es soll damit gesagt sein, daß der Wille des dinglich Berechtigten maßgebend ist für das Verhalten in Betreff der Sache, d. h. für das Verhalten eines Jedweden, nicht für das Verhalten Dieses oder Jenen[2]. Der Inhalt der das dingliche Recht ausmachenden Willensmacht aber ist ein negativer: die dem Berechtigten Gegenüberstehenden sollen sich der Einwirkung auf die Sache — aller oder einer bestimmten — enthalten, und sie sollen durch ihr Verhalten zur Sache die Einwirkung des Berechtigten auf die Sache — eine beliebige oder eine bestimmte — nicht verhindern[3].

Rechte oder der Rechtsverhältnisse zu sein habe (§ 13), erschwert hat. Savigny (I § 41) und Puchta (§ 29) glauben, daß das Recht eine einzelne, durch Abstraction ausgeschiedene Seite des Rechtsverhältnisses, das Rechtsverhältniß ein Complex von Rechten sei. Es wird damit als das Wesen der Sache hingestellt, was nur möglich ist. Aus dem Darlehnsgeschäft z. B. entsteht nichts, als das Recht des Gläubigers. Vgl noch Meuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 4—13, Bürkel krit. VJSchr. XI S. 191 fg., Böhlau Mecklenb. Landr. II S. 2 fg., Bierling a. a. O. S. 130 fg. [Bei der Correctur hinzugefügt: Puntschart die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts (1885) S. 57 fg.]

[1] In dem zuvor entwickelten Sinn: der Wille ist maßgebend für die Vollziehung oder für das Sein eines Rechtsbefehls für die Sache. § 38.

[2] Natürlich vorausgesetzt, daß er dieser Rechtsordnung unterworfen ist.

[3] Das dingliche Recht enthält nur Verbote. Dieß wird lebhaft bestritten. Es wird behauptet, das dingliche Recht enthalte auch ein Dürfen: der Eigenthümer darf mit der Sache machen, was er will, der Dienstbarkeitsberechtigte darf über die Sache gehen, Wasser leiten ꝛc. Aber welches ist der Sinn eines

Statt des Ausdrucks dingliche Rechte gebraucht man auch den Ausdruck Sachenrechte. Man sagt auch, daß das dingliche Recht ein Recht an der Sache sei[4], und daß es die Sache zum Gegenstand[5] habe.

Dasjenige dingliche Recht, kraft dessen der Wille des Berechtigten maßgebend ist für die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen, ist das Eigenthumsrecht. Dingliche Rechte, kraft deren der Wille des Berechtigten für die Sache nur in einer einzelnen Beziehung (oder in einer Mehrheit einzelner Beziehungen) maßgebend ist, heißen Rechte an fremder Sache.

---

solchen von der Rechtsordnung verliehenen Dürfens? Gewiß nicht, daß der Berechtigte durch seine Einwirkung auf die Sache der Sache kein Unrecht thue. Ebensowenig, daß der Berechtigte durch solche Einwirkung nicht gegen das objetive Recht verstoße, etwa straffällig werde. Ist aber das Dürfen des dinglich Berechtigten kein Dürfen der Sache gegenüber, auch nicht ein Dürfen dem objectiven Recht gegenüber, so muß es ein Dürfen den anderen Personen gegenüber sein, d. h. eben ein dem Berechtigten gegen die anderen Personen ertheilter Rechtsbefehl auf Nichtverhinderung. Weiter geht Thon (a. a. O. S. 154 fg.), nach seiner Grundauffassung, nach welcher er einen dem Berechtigten eigenen Rechtsbefehl nur in Folge des Widerstrebens gegen einen Befehl des objectiven Rechts annimmt. Diese Grundauffassung führt ihn dazu, in dem Dürfen des dinglich Berechtigten nur ein Nichtverbotensein und zwar ein Nichtverbotensein durch das objective Recht, zu sehen: durch das objective Recht ist allen Anderen die Einwirkung auf die Sache verboten, nur dem Eigenthümer nicht — worauf dann freilich das Binding'sche Wort von dem „Loch im Centrum eines Normenkreises" (krit. VJSchr. S. 563) paßt. Und noch weiter geht Schloßmann der Vertrag S. 257 fg. Derselbe bestreitet auch die wissenschaftliche Zweckmäßigkeit der begrifflichen Zusammenfassung der den Eigenthümer schützenden Rechtsvorschriften zu der Einheit eines dinglichen Rechts; das dingliche Recht sei nur „terminologisches Hülfsmittel". Hiergegen Thon S. 170 fg. Vgl. noch Lenel Exceptionen S. 10 fg. (aber auch Jahrb. f. Dogm. XIX S. 168), Bekker Zeitschr. f. vergl. RW. II S. 17 fg. 35 fg., Binding krit. VJSchr. XXI S. 569 fg., Merkel Grünhut's Zeitschr. VII S. 386 fg., v. Schey das. VIII S. 111 fg., Kohler Jahrb. f. Dogm. XVIII S. 131. 196. 199, Bierling a. a. O. S. 171 fg. 181 fg. Aus der früheren Zeit: Thibaut Versuche II Nr. 2, Duroi Arch. f. civ. Pr. VI S. 252 fg. 368 fg.; dawider Puchta Rhein. Mus. I S. 286 fg. Vgl. Wächter Erörter. I. 4, Vangerow I § 113, Unger I S. 511—513.

[4] Auch den Quellen ist der Ausdruck ius in re nicht unbekannt, obgleich er nicht eigentlich technischer, und durch die Auffassung des Eigenthums als eines Habens der Sache (§ 42 Note 4) auf die übrigen dinglichen Rechte zurückgedrängt ist (§ 165 Note 1).

[5] Vgl. über „Gegenstand des Rechts" Unger I S. 499—503.

§ 39.

Persönliche Rechte sind diejenigen, kraft deren der Wille des Berechtigten nicht maßgebend ist für das Verhalten der Menschen in Betreff einer Sache, sondern für ein irgendwelches Verhalten einer einzelnen Person (oder einer Mehrheit einzelner Personen)[1]. Das von dem persönlichen Recht geforderte Verhalten kann nicht bloß ein Unterlassen, sondern auch ein Thun sein; ja die auf ein Thun des Verpflichteten gerichteten persönlichen Rechte sind die bei Weitem wichtigsten.

Ein Unterschied unter den persönlichen Rechten wird

1) dadurch begründet, daß die in dem persönlichen Recht verliehene Willensmacht eine mehr oder minder umfassende sein kann. Bei höherer Steigerung der Willensmacht spricht man von einem Gewaltsrechte. Dem römischen Recht waren Gewaltsrechte bekannt, welche den Willen des Unterworfenen dem Willen des Berechtigten gegenüber vollständig negirten; aus dem heutigen Recht sind sie verschwunden.

2. Wichtiger ist folgender Unterschied. Die persönlichen Rechte sind entweder Machterweiterungen der Person als solcher, ihr verliehen um ihretwegen, oder sie sind Ausflüsse einer Familienverbindung, in welcher die Person steht. Die Familie ist nicht allein, und nicht vorzugsweise ein Rechtsverhältniß; sie empfängt ihre Ordnung zunächst durch das Sittengesetz, sie legt Pflichten auf und gewährt nicht Rechte, und diese Pflichten haben wie alle sittlichen Pflichten, zum Inhalt nicht sowohl ein bestimmtes äußeres Verhalten, als das Haben und Bethätigen einer Gesinnung. Als so geordnet findet das Recht die Familie vor, und indem es sich bestrebt, den sittlichen Geboten, welche an die Familienglieder ergehen, so viel es vermag, auch äußere Anerkennung zu verschaffen, legt es demjenigen, gegen den die Pflicht erfüllt werden soll, ein Recht auf Erfüllung der Pflicht bei. Aber ein solches Recht ist wesentlich verschieden von den anderen Rechten. Die Pflicht ist das Prinzipale und das Recht nur um der Pflicht willen da, während bei allen übrigen Rechten die Pflicht nur

[1] In einem anderen Sinne werden persönliche Rechte diejenigen genannt, § 39. welche von der Person des Berechtigten unzertrennlich sind (auch höchst persönliche Rechte genannt). Vgl. noch Wächter Erörter. I S. 107—109.

die andere Seite des Rechts ist[2]. — Diese Auffassung ist jedoch nicht die ursprüngliche des römischen Rechts. Nach der ursprünglichen römischen Auffassung sind die Rechte des Ehemannes und des Vaters gegen Weib und Kind reine Rechte und stehen mit den übrigen dem Berechtigten um seiner selbst verliehenen Rechten auf gleicher Linie. Im neuesten römischen Rechte aber erscheinen diese Rechte so weit abgeschwächt, daß sie über das, was der anderen Seite durch die sittliche Pflicht geboten ist, nicht mehr hinausgehen.

Diejenigen persönlichen Rechte, welche ihren Grund nicht in der sittlichen Idee der Familie haben, heißen Forderungs- oder obligatorische Rechte (Obligationen).

Rechte an der eigenen Person.

§ 40.

Wenn gefragt wird, ob es Rechte an der eigenen Person gebe, so kann der Sinn dieser Frage nach dem in § 38 Bemerkten nur der sein, ob die Rechtsordnung den Willen des Berechtigten in derselben Weise, durch Ausrüstung mit Verboten an die Gegenüberstehenden, für maßgebend für die eigene Person erklärt, wie sie in der Verleihung eines dinglichen Rechts den Willen des Berechtigten für maßgebend für eine Sache erklärt. So gestellt darf die Frage nicht verneint werden. Man gelangt auf diesem Wege zu einem Rechte auf Leben, auf körperliche Integrität und auf

[2] Zu weit geht die Behauptung (Savigny I § 54, Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Proz. XIX S. 66 fg., Rudorff zu Puchta Vorl. § 46 Anm. 1, Unger I § 60 a. E.), daß die gegenseitige Unterwerfung der durch die Familie verbundenen Personen zum juristischen Inhalte der Familienverhältnisse überhaupt nicht gehöre, sondern derselbe sich auf die Voraussetzungen ihrer Möglichkeit, ihre Entstehung und Beendigung, und den von ihnen auf andere Verhältnisse, namentlich das Vermögen, ausgeübten Einfluß beschränke. Das Recht des Mannes gegen die Frau auf Rückkehr in die verlassene eheliche Wohnung, das Recht des Vaters gegen das Kind auf Gehorsam, ist ein anderes Recht, als das Recht des Gläubigers gegen seinen Schuldner, aber immerhin ein Recht. — Gegen den Grundgedanken der Scheidung zwischen Familienrecht und Vermögensrecht mit Rücksicht auf ihr Verhältniß zum Sittengesetze hat sich ausgesprochen Bürkel krit. VJSchr. XI S. 205 fg. Vgl. auch Bruns in v. Holtzendorff's Encyklopädie I S. 351 (4. Aufl. S. 498), Thon (§ 37) S. 186 fg. 203.

ungehinderte Verfügung über den eigenen Körper (Freiheit). Diese Rechte bedürfen jedoch einer besonderen Darstellung im Privatrechtssysteme deßwegen nicht, weil weder ihre Existenz unsicher, noch ihre Begrenzung zweifelhaft sein kann, aus ihrer Verletzung aber, insofern nämlich eine Verletzung derselben möglich ist, wenn überhaupt civilrechtliche Folgen, selbstständige Rechte (Forderungsrechte) entstehen. — An und für sich kann ferner der Wille des Menschen als entscheidende Norm für die eigene Person auch nach der Seite ihrer geistigen Existenz gedacht werden. Man gelangt dadurch zur Annahme eines Rechts auf Bethätigung des Geistes in seinen verschiedenen Functionen. Dieses Recht ist aber zum Theil wieder, sowohl was seine Existenz als was seinen Umfang angeht, weder bestreitbar noch verletzbar, so das Recht auf Bethätigung des Denk- und Empfindungsvermögens, und in gleicher Weise verhält es sich auch mit dem Rechte auf Bethätigung des Willensvermögens, insoweit in dieser Bethätigung eine Einwirkung auf fremde Personen oder Sachen nicht enthalten ist. Insofern in der Bethätigung des Willensvermögens über die eigene Person hinausgegangen wird, ist die Frage, ob dieselbe rechtmäßig sei oder nicht, identisch mit der Frage nach dem Inhalte der gesammten übrigen Rechtsordnung[1].[2]

---

[1] Vgl. zu dem Gesagten Thon (§ 37) S. 147 fg., Bierling (das.) S. 158. 174 fg., Kohler Jahrb. f. Dogm. XVIII S. 151 fg. — Savigny macht gegen das Recht an der eigenen Person geltend, daß diese Annahme in consequenter Entwickelung zur Anerkennung eines Rechts auf Selbstmord führe. Mit nichten: es folgt aus derselben nur, daß der Selbstmörder den ihm gegenüberstehenden Personen nicht Unrecht thut. Denn alles Privatrecht beschäftigt sich nur mit der Beantwortung der Frage, inwiefern der Wille des Einzelnen von den ihm gegenüberstehenden Einzelnen anerkannt werden müsse. — In einem ganz besonderen Sinne spricht Puchta (Rhein. Mus. III S. 305, Inst. I § 30, Pand. § 22. 46. 114 fg. und Vorl. dazu) von Rechten an der eigenen Person. Er versteht darunter diejenigen Rechte, in denen der Wille sich selbst zum Gegenstand habe, nicht in dem Sinne aber, daß derselbe Anerkennung für seinen Inhalt, sondern in dem Sinne, daß er Anerkennung für seine Qualität als Willen einer Person fordere, weßwegen auch Puchta das Recht an der eigenen Person als Recht der Persönlichkeit bezeichnet. Puchta hat in dieser Auffassung Niemanden zum Nachfolger gehabt. In der That liegt es auf der Hand, daß sein „Recht der Persönlichkeit" weder ein Recht an der eigenen Person ist, noch überhaupt ein Recht. Die Anerkennung des Willens des Menschen in abstracto, als eines Willens, der möglicherweise ein be- § 40.

Absolute und relative Rechte.

§ 41.

Absolute Rechte sind diejenigen, welche gegen Jedermann wirken, relative Rechte diejenigen, welche nur gegen eine einzelne Person oder eine begrenzte Mehrheit von Personen wirken. Die persönlichen Rechte sind relative Rechte. Die dinglichen Rechte und die Rechte an der eigenen Person sind absolute Rechte. Sie sind aber nicht die einzigen absoluten Rechte. Auch das Familienverhältniß gewährt, soweit es von Außen gestört werden kann, Rechte gegen Jedermann[1].[2]

rechtigter Wille sein könne, ist etwas, was die Grundlage aller Berechtigungen bildet, aber sie ist selbst kein Recht. Gegen Puchta vgl. Savigny I S. 337. a, Schröter krit. Jahrb. IV S. 294, Arndts das. VII S. 298, Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX S. 43—49. Puchta stellt unter diese Rechte an der eignen Person auch den Besitz; s. darüber § 150 Note 7. — Auch Reuner (§ 37a Note 1) S. 15 fg. definirt das „Recht der Persönlichkeit" als: Recht der Person, sich Selbstzweck zu sein, sich als Selbstzweck zu behaupten und zu entfalten. Als Inhalt dieses Rechts bezeichnet er unter Anderem auch das Recht auf Vornahme von Rechtsgeschäften, und reiht, in Verbindung damit, in die Lehre vom Rechte der Persönlichkeit auch die Beschränkungen der Handlungsfähigkeit und die Vormundschaft ein. Die Widerlegung würde hier zu weit führen. S. dagegen auch Bürkel krit. VJSchr. XI S. 200 fg.

[2] Statt der Kategorie Rechte an der eigenen Person stellen Andere eine Kategorie Personenrechte auf, wofür auch der Ausdruck Statusrechte, Zustandsrechte, gebraucht wird, vgl. namentlich Wächter Württemb. Privatr. II § 45, auch Bruns in v. Holtzendorff's Encyclopädie I S. 268 (4. Aufl. S. 407). Sie verstehen darunter die Rechte, welche der Person als solcher, „eben weil sie Person ist", oder „nach ihrer Stellung zu gewissen einzelnen dauernden Grundverhältnissen", namentlich auch in der Familie, zustehen. Die Bildung dieser Kategorie ist unter dem Einfluß der römischen Kategorie ius quod pertinet ad personas erfolgt. Dieses ius quod pertinet ad personas umfaßt die Rechtssätze, welche für die Person gelten, wenn man sich dieselbe nicht als in Vermögensverhältnissen stehend denkt, und handelt im Einzelnen von dem, was man den status libertatis, civitatis, familiae genannt hat. Vgl. § 55 Note 8 und Unger I § 60.

§ 41. [1] Recht des Ehemannes auf Herausgabe der vorenthaltenen Ehefrau, der Eltern auf Herausgabe der vorenthaltenen Kinder. S. II § 490 Ziff. 5, II § 520 Ziff. 2. Vgl. Thon S. 189. In Verfolgung des Sprachgebrauchs, nach welchem von Rechten an Sachen und Rechten an der eigenen Person gesprochen wird, gelangt man so zu Rechten an fremden Personen. — Reuner (§ 37a Note 1) S. 40 fg. 70 fg. 152 behauptet, daß auch das obligatorische Recht nicht bloß nach Innen, sondern zugleich nach Außen wirke, und leugnet deßwegen die Berech-

Vermögensrechte.

§ 42.

Die dinglichen und die Forderungsrechte kommen darin überein, daß sie dem Berechtigten um seiner selbst willen zustehen. Diese ihre gemeinschaftliche Natur wird durch den Ausdruck Vermögensrechte bezeichnet[1].

Die einer Person zustehenden Vermögensrechte bilden ihr Vermögen[1a]. Indem aber von Vermögen einer Person gesprochen wird, werden die ihr zustehenden Vermögensrechte auf-

---

tigung der Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Rechten. Aber dieß ist irrig. Was das s. g. Recht auf Anerkennung angeht, s. § 45 a. E, Unmöglichmachen aber der Verwirklichung des obligatorischen Rechtes durch einen Dritten ist nicht als solches Unrecht, sondern verpflichtet nur, wenn die Handlung, durch welche es herbeigeführt wird, schon an und für sich unrechtmäßig ist, zum Schadensersatz (l. 18 § 5 l. 19 D. de dolo 4. 3), so daß dabei das Forderungsrecht nicht in seiner Eigenschaft als Willensherrschaft, sondern in seiner Eigenschaft als Vermögenswerth in Betracht kommt. Unger I § 62 Note 8, Thon S. 207 fg. Der Auffassung Reuner's schließt sich an F. P. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte S. 16 fg. 93 fg.

[2] Geht man über den Kreis der in den Quellen des römischen Rechts genannten Rechte hinaus, so treten zu den absoluten Rechten vor Allem die Rechte an Geisteserzeugnissen hinzu. S. § 137 Note 10. Ferner die früher in Deutschland sehr häufigen ausschließlichen Gewerbsrechte und das Recht auf ein ausschließliches Merkzeichen (Name, Wappen, Firma, Marke oder Zeichen). Vgl. Stobbe III § 163, Kohler Recht des Markenschutzes, Würzburg 1884, und in Betreff des Rechtes auf den Namen (außer den bei Stobbe citirten Erkenntnissen) zwei neuere Erkenntnisse des Reichsgerichts, Entscheidungen II S. 145 fg. V S. 171 fg., das letzte auch bei Seuff. Arch. XXXVII. 86.

[1] Savigny I § 340. b: „Die deutsche Bezeichnung des angegebenen Rechtsbegriffs ist die bezeichnendste, die dafür gefunden werden konnte. Denn es wird dadurch unmittelbar das Wesen der Sache ausgedrückt, die durch das Dasein jener Rechte uns zuwachsende Macht, das was wir durch sie auszurichten im Stande sind oder vermögen". Uebrigens sprechen auch die Römer von „facultates", z. B. l. 5 § 19 D. de agnosc. 25. 3, l. 60 D. de I D. 23. 3. l. 17 [16] pr. D. ad SC. Treb. 36. 1. — Vermögensrechte sind auch die dem modernen Rechte angehörigen Rechte, welche dem Berechtigten den Genuß eines Geisteserzeugnisses oder einer Erwerbthätigkeit zu sichern bestimmt sind. § 42.

[1a] Birkmeyer das Vermögen im juristischen Sinn (1879). Darüber Mandry Arch. f. civil. Pr. LXII S. 361 fg., L. Seuffert lit. Centralbl. 1879 Nr. 27 (Antwort Birkmeyer's das. S. 982), Hölder Zeitschr. für HR. XXIV S. 609 fg., Pernice krit. VJSchr. XXII S. 232 fg. S. auch Lenel Jahrb. f. Dogm XXI S. 238 fg.

gefaßt nicht als einzelne, sondern als Einheit[2], als diejenige Einheit, welche sie eben darin haben, daß sie dieser Person zustehen. In einem engeren Sinne wird unter Vermögen nicht das gesammte Vermögen verstanden, sondern nur dasjenige Vermögen, welches nach Abzug der Schulden übrig bleibt, Vermögen im Sinne von reinem Vermögen[2a]. Es kommt auch vor, daß mit den Vermögensrechten einer Person auch ihre Verpflichtungen eine rechtlich in Betracht kommende Einheit bilden[2b]; auch diese Einheit wird Vermögen genannt[3].

[2] Als Einheit — als Gesammtheit, Ganzes, d. h. als ein Ding, welches zwar aus Theilen (Bestandtheilen) besteht, aber etwas Anderes ist, als die Summe seiner Theile, nach römischer Bezeichnung als universitas (Note 6). Dieser Begriff, von dem schon oben (§ 1 Note 1) gesagt wurde, daß er ein für das Recht höchst wichtiger Begriff sei, erscheint hier in einer neuen Anwendung. L. 208 D. de V. S. 50. 16. Unten werden universitates von Sachen (§ 138) und von Personen (§ 57) auftreten.

[2a] Das Vermögen gebührt zunächst den Gläubigern; erst was übrig bleibt, nachdem die Gläubiger befriedigt sind, ist wirkliche Mehrung der Macht der Person. L. 83 D. de V. S. „Proprie bona dici non possunt, quae plus incommodi quam commodi habent". L. 39 § 1 eod. „Bona intelleguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt". L. 50 § 1 D. de iud. 5. 1. Birkmeyer a. a. O. S. 199 fg. 328 fg.

[2b] So bei der Beerbung. Vgl III § 528 Aber es kann auch sein, daß bloß die Vermögensrechte vom Rechte als Einheit behandelt werden, und die Vermögensverpflichtungen von derselben ausgeschlossen sind, was in den früheren Auflagen irrigerweise geleugnet worden ist. Vgl. Gai. III. 84 in Verbindung mit II. 98.

[3] Dieß ist die herrschende Auffassung. Dagegen mit Lebhaftigkeit Birkmeyer a. a. O. Es wird zuzugestehen sein, daß der gewöhnliche Sinn des Ausdrucks bona in den Quellen nicht der ist, daß in den bona die Schulden mit umfaßt werden. Nach der gewöhnlichen Auffassung bilden die Schulden nicht einen Bestandtheil, sondern eine Last des Vermögens. Daß aber auch in l. 1—3 pr. D. de B. P. 37. 1 der Ausdruck bona nicht den im Text bezeichneten Sinn habe, wird schwer Jemandem glaublich gemacht werden können. Vgl. auch III § 528 Note 4. Dagegen möchte ich l. 49 D. de V. S. 50. 16 nicht mehr hierher beziehen. Zu dieser Stelle heißt es: „Bonorum appellatio aut naturalis est aut civilis". Dieß habe ich in den früheren Auflagen so verstanden, daß der Ausdruck bona im natürlichen Sinne die Vermögensrechte als solche bezeichne, im juristischen Sinn die Einheit der Vermögensrechte und Vermögensverpflichtungen. Näher liegt es doch, an den Gegensatz der Güter als solcher (Güter im wirthschaftlichen Sinn) und der Güter in ihrer Zugehörigkeit zu einem bestimmten Rechtskreis zu denken. Birkmeyer S. 15 fg. — Die verschiedenen Seiten des Vermögens in dem

Ein sehr gewöhnlicher, im Leben entstandener, aber vom Rechte festgehaltener Sprachgebrauch nennt statt des Eigenthumsrechts die Sache, an welcher es stattfindet[4]. Auf diesem Wege weiter gehend denkt man sich auch die übrigen Vermögensrechte, d. h. die Rechte an fremden Sachen und die Forderungsrechte, insofern auch sie Vermögensbestandtheile sind, als Sachen, und nennt sie, da sie nur in der Vorstellung, nicht in körperlicher Wirklichkeit existiren, gegenüber den körperlichen Sachen unkörperliche Sachen[5].

---

im Text genannten Sinn bezeichnet man wohl durch die Ausdrücke Activ- und Passivvermögen. — Eine besondere Begriffsbestimmung für das Vermögen im juristischen Sinne (das „ideelle" Vermögen) bei Neuner (§ 37a Note 1) S. 90 fg. Gegen dieselbe Mandry Begriff und Wesen des Peculium S. 13, Bürkel krit. VJSchr. XI S. 226 fg., Birkmeyer S. 170 fg. — Nach Schloßmann der Vertrag S. 253 fg. 289 fg. soll das Vermögen gebildet werden nicht durch die rechtliche Zugehörigkeit der Güter zur Person, sondern durch die nach dem Urtheile eines verständigen Mannes begründete Erwartung der Person, dieselben genießen und vertauschen zu dürfen. Es hängt diese seltsame Auffassung mit der Ansicht des Verf. über den Grund der verbindenden Kraft des Vertrags zusammen.

[4] Man sagt von einem Vermögen, daß es aus Grundstücken, beweglichen Sachen bestehe, obgleich eine Sache nur insofern Bestandtheil unseres Vermögens wirklich ist, als sie sich in unserem Eigenthumsrechte befindet. Man spricht von dem Haben, Erwerben 2c. einer Sache, und meint damit das Haben, Erwerben 2c. des Eigenthumsrechts an derselben.

[5] L. 1 § 1 D. de D. R. 1. 8 (= tit. I. de rebus incorporalibus 2. 2) „Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas ususfructus obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur; nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus homo pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. Eodem numero sunt et iura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur". — Irrthum: in der Eintheilung der res in res corporales und incorporales bezeichne res Rechte (v. Buchholtz Versuche Nr. 1). Es bezeichnet Vermögensbestandtheile. Den Gegensatz der unkörperlichen Sache bildet nicht das Eigenthumsrecht (als ius corporale, wie v. Buchholtz meint), sondern die körperliche Sache. Vgl. auch nach Wächter Württemb. Privatr. II S. 207—210. Pand. I S. 257—259, Unger I S. 358—361, Brinz 2. Aufl. I S. 452, Birkmeyer S. 155 fg.

Als eine solche unkörperliche Sache erscheint dann auch das Vermögen selbst, die Zusammenfassung der einzelnen Vermögensbestandtheile, da auch es als diese Zusammenfassung, als ein seinen Theilen gegenüber selbstständiges Ding, keine wirkliche, sondern nur eine vorgestellte Existenz hat[6].

Man muß sich hüten, dieser Zusammenfassung der Vermögensdinge unter dem Gesichtspunkte der Sache größere Bedeutung für das Recht zuzuschreiben, als ihr in der That zukommt. Eine rücksichtslose Ausbeutung dieses Gesichtspunkts würde dazu führen, alle Vermögensrechte, was ihren Erwerb und Verlust angeht, den gleichen rechtlichen Grundsätzen, und zwar denselben wie das Eigenthumsrecht, zu unterwerfen. Dem römischen Rechte ist es nicht in den Sinn gekommen, bis zu diesem Extreme vorzugehen; es hat die Grundsätze über den Erwerb und den Verlust der Vermögensrechte überall aus ihrer besonderen Natur entnommen. Ob die Vermögensrechte nach Art der körperlichen Sachen selbst wieder Gegenstand von Rechtsverhältnissen sein können, darüber s. § 48a.

---

[6] Wie das Vermögen selbst eine unkörperliche Sache ist („iuris nomen" l. 178 § 1 D. de V. S. 50. 16, „iuris intellectum habet" l. 50 pr. D. de II. P. 5. 3, vgl. III § 528 Note 1), so ist es eine Gesammtheit von körperlichen und unkörperlichen Sachen, eine universitas rerum. Wenn man es früher eine universitas iuris (nicht iurium) nannte, so wollte man damit bezeichnen, daß es ein Ganzes durch das Recht oder für das Recht sei, im Gegensatze der durch factische Zusammenfassung entstandenen s. g. universitas hominis oder facti (z. B. Heerde, Bibliothek). Diese Entgegensetzung ist irrig; denn auch das Vermögen ist zunächst eine factische Zusammenfassung, und die s. g. universitas facti ist (oder kann doch sein) nicht minder eine juristische. S. über diese Eintheilung und über die der universitas iuris im Gegensatz zur universitas facti fälschlicherweise zugeschriebenen Eigenthümlichkeiten (namentlich daß „res succedit in locum pretii") die Abhandlungen von Hasse und Mühlenbruch Arch. f. civ. Pr. V S. 1 fg. und XVII S. 321 fg., ferner Wächter Erörtee. I. 1 (Pand. I S. 262 fg.), auch Sintenis I § 41 Anm. 60, Bangerow I § 71 Anm., Unger I S. 470—475, neuestens Birkmeyer S. 101 fg. (Dieser letztgenannte Schriftsteller hält daran fest, daß der Begriff des Vermögens als eines Ganzen [einer Einheit] erst durch das Recht geschaffen sei.) Besonders über die Dos: Bechmann Dotalrecht II S. 178 fg., Czyhlarz Dotalrecht S. 227 fg.; über das Peculium Mandry Begriff und Wesen des Peculium S. 15 fg. 15 ob. 71 fg., Fitting das castrense peculium S. 83 fg.

Die Ansprüche.

§ 43.

Es ist ein Bedürfniß vorhanden, die Richtung des Rechtes auf Unterwerfung fremden Willens als solche, unabhängig ob das Recht ein dingliches oder persönliches, ein absolutes oder relatives ist, zu bezeichnen. Dieses Bedürfniß befriedigt der Ausdruck Anspruch. Sowohl der deutsche Sprachgebrauch, wie die Analogie des römischen, erlauben es, diesen Ausdruck nicht bloß für das Ansprechen als Thatsache zu gebrauchen, sondern auch für das Ansprechen als rechtliche Zuständigkeit[1], also für das Recht zum Ansprechen, das Recht von einem Anderen Etwas zu verlangen[2].

Die in den dinglichen Rechten enthaltenen Ansprüche werden passend dingliche Ansprüche, die in den persönlichen Rechten enthaltenen passend persönliche Ansprüche genannt. Aus dem oben (§ 38. 39) über den Gegensatz zwischen den dinglichen und persönlichen Rechten Gesagten ergibt sich:

1) daß das dingliche Recht durch eine unbegrenzte Vielheit von Ansprüchen gebildet wird; der dinglich Berechtigte hat einen Anspruch gegen Jedermann[3]. Hier ist jedoch hinzuzufügen, daß

---

[1] Anspruch = Rechtsanspruch. Es wird genannt die Thatsache statt des Rechts auf die Thatsache. So sagen wir Nießbrauch statt Nießbrauchsrecht, Klage statt Klagerecht, und die Römer ususfructus statt ius utendi fruendi, actio statt ius agendi. In gleicher Weise gehen die Ausdrücke pignus, emphytheusis, superficies zunächst auf etwas Thatsächliches, dann auch auf das entsprechende Recht. § 43.

[2] Den der Person zu eigen hingegebenen Rechtsbefehl (§ 37).

[3] Neuner (§ 37a Note 1) S. 153. 157. 158. 171 und Brinz 2. Aufl. I S. 251 fg. bestreiten, daß bei den dinglichen Rechten vor ihrer Verletzung von einem Anspruche geredet werden dürfe. Neuner: weil eine Verpflichtung „sich immer nur zwischen zwei bestimmten Personen aus besonderem Grund bewegt", Brinz: der Anspruch setzt einen „Gegner" voraus, einen „Feind". Das sind doch nur terminologische Erwägungen. Principieller ist der Widerspruch bei Thon Rechtsnorm und subjectives Recht S. 156 fg. 223 fg.; derselbe läßt überhaupt nicht nur bei dinglichen, sondern auch bei persönlichen Rechten einen „Anspruch" erst aus der „Normwidrigkeit" entstehen, vor der Normwidrigkeit sei nichts vorhanden als der Imperativ des objectiven Rechts (Vgl. § 37 Note 3). Für den „Anspruch gegen Jedermann" Bierling zur Kritik der juristischen Grundbegriffe II S. 182 fg., v. Schey Grünhut's Zeitschr. VII S. 768, gegen denselben Wildhagen über die Verjährung der Einreden im heutigen römischen Recht (1882) S. 21 fg. 35 fg. 50.

es dem Begriff des dinglichen Rechtes nicht widerspricht, daß seine Wirksamkeit gegen eine einzelne Person oder eine Mehrheit einzelner Personen ausgeschlossen ist, so daß dem dinglich Berechtigten ausnahmsweise ein Anspruch gegen diese Person oder diese Personen nicht zusteht[4]. Das persönliche Recht enthält einen Anspruch[5] gegen eine bestimmte Person (oder eine Mehrheit bestimmter Personen)[6].

2. Die dinglichen Ansprüche gehen auf etwas Negatives, auf ein Unterlassen. Der persönliche Anspruch kann zum Gegenstand etwas Positives oder etwas Negatives, ein Thun oder ein Unterlassen haben. Aber auch der dingliche Anspruch kann einen positiven Inhalt gewinnen. Es geschieht dieß dadurch, daß er verletzt wird; durch die Verletzung verwandelt er sich in einen Anspruch auf Wiederaufhebung der Verletzung[7].

§ 44.

Für das, was hier Anspruch genannt worden ist, haben die Römer einen unmittelbar entsprechenden Ausdruck nicht. Ja man kann sagen, daß ihnen der Begriff fehlt. Aber sie haben einen anderen Begriff, welcher die Stelle ersetzt. Dieser Begriff ist der Begriff actio. Actio ist in der Abstufung seiner sich immer

---

[4] Hierher gehört namentlich die actio Publiciana. Vgl. im Uebrigen Savigny V S. 26 fg., Wächter Erörter. I S. 92 und Württ. Privatr. II § 46 Note 13. 24 Unger I S. 518 fg., Arndts RLex. V S. 211 und Anm. 28, Francke Commentar über den Pandektentitel de Hereditatis Petitione S. 143; aber auch Förster-Eccius Preuß. Privatr. III S. 2 fg.

[5] Kann nicht auch in dem persönlichen Rechte eine Mehrheit von Ansprüchen enthalten sein? Man kann bei dem persönlichen Recht von einer Mehrheit von Ansprüchen dann reden, wenn es auf eine Mehrheit von Leistungen geht, indem man dann jede einzelne Leistung als Gegenstand eines besonderen Anspruches auffaßt. Aber mit demselben Rechte kann man in diesem Fall auch von einer Mehrheit von Rechten reden.

[6] Gegensatz: gegen eine unbestimmte Vielheit. Aber die durch den persönlichen Anspruch verpflichtete Person braucht weder im Voraus (bei der Begründung des persönlichen Rechtes) bestimmt zu sein, noch ist es ausgeschlossen, daß kraft der getroffenen Bestimmung die Person des Verpflichteten wechselt. Vgl. § 50 und II § 291.

[7] Für den dinglichen Anspruch in dieser Umgestaltung wird selbst der Ausdruck obligatio gebraucht in § 5 I. de exc. 4. 13. Wächter Erörter. III S. 8 Note 10. S. übrigens auch Hugo civil. Magazin III S. 392.

mehr verengernden Bedeutungen: Handlung; Verhandlung (mit einem Anderen); gerichtliche Verhandlung; streitige gerichtliche Verhandlung; streitige gerichtliche Verhandlung mit besonderer Beziehung auf den Angreifer, also gerichtliche Verfolgung, das was wir Klage nennen; gerichtliche Verfolgung, Klage, nicht als Thatsache gedacht, sondern als rechtliche Zuständigkeit[1]. Dieser letztere Begriff ist es, welcher verwendet wird, um zu bezeichnen, was wir bezeichnen wollen, wenn wir Anspruch sagen. Man darf nicht sagen, die römische actio sei unser Anspruch; in dem Begriffe actio wird ein Element mitgedacht, welches in unserem Begriffe Anspruch nicht enthalten ist, das Element des Gerichts, des gerichtlichen Gehörs und des gerichtlichen Schutzes, der Möglichkeit der Erlangung richterlicher Zuerkennung für das Begehren, welches man hat. Aber bei Weitem nicht immer, wenn die Römer von actio reden, denken sie dieses Element in seiner specifischen Bedeutung; in außerordentlich häufigen Fällen hat es für ihre Vorstellung keine andere Bedeutung, als eben die, daß das Begehren rechtlich anerkannt sei. Nach einer ihnen durchaus geläufigen Auffassungsweise ist die gerichtliche Verfolgbarkeit eines Anspruchs ein Ausdruck seiner rechtlichen Anerkennung überhaupt; statt zu sagen: einem Anspruche steht das Recht zur Seite, sagen sie: es steht ihm das Gericht zur Seite. Was wir Rechtsanspruch nennen, ist für die Römer Gerichtsanspruch.

Die römische Auffassung erklärt sich vornehmlich aus historischen Gründen[2]; uns ist sie fremd. Wollten wir heutzutage

[1] Vgl. § 43 Note 2. L. 51 D. de O. et A. 44. 7 (vgl. pr. I. de act. 4. 6): „Nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi". § 44.

[2] Mitgewirkt hat gewiß „die auf das Praktische gerichtete Anschauung" der Römer, welche „das Recht als das in Bewegung gesetzte, kämpfende, thätige erfaßte" (Kierulff S. 156); aber der eigentliche und entscheidende Grund war dies nicht. Der eigentliche und entscheidende Grund war die Selbstständigkeit, welche bei den Römern zur Zeit der Republik und noch bis in die Kaiserzeit hinein die Gerichtsregel gegenüber der Rechtsregel hatte. Diese Sebstständigkeit der Gerichtsregel machte sich bereits zur Zeit der legis actiones geltend, wo über Recht und Unrecht nicht sowohl die lex entschied, als die daraus gebildete Gerichtsformel und deren Interpretation (Windscheid die Actio, Abwehr ꝛc. S. 1. 2, Jhering Geist des röm. R. II S. 670 fg. (4. Ausg. S. 654 fg.), noch mehr aber im Formularprocesse, wo der Magistrat gerichtliche Verfolgung gewährte und versagte, ohne an das ius gebunden zu

von einem Rechte der gerichtlichen Verfolgung, von einem Klagerechte, reden ſtatt von einem Rechtsanſpruche ſchlechthin, ſo würden wir die Folge nennen ſtatt des Grundes. Für unſere Auffaſſung iſt die gerichtliche Verfolgbarkeit eines Anſpruchs nichts als eine Conſequenz ſeiner rechtlichen Anerkennung[3]; ſie iſt eine Seite des Anſpruchs, nicht dasjenige, was den Anſpruch ausmacht. — Schlimmer noch iſt es, wenn man, was vielfach geſchieht, die römiſche actio auffaßt als das durch die Verletzung des Rechts aus dem Rechte erzeugte neue Recht[4]. Jedenfalls das Moment der Rechtsverletzung iſt dem Begriffe der actio fremd[5].

ſein. So hatte denn freilich bei den Römern, wer wiſſen wollte, ob er einen Anſpruch durchſetzen könne, nicht zu fragen, ob das ius für ihn ſei, ſondern ob und welche actio ihm zu Gebote ſtehe. Vgl. noch Note 5 in der zweiten Hälfte.

[3] Die obligationes naturales, als etwas Anomales und Exceptionelles, müſſen, wo es ſich um die Ergründung des Weſens der Rechte handelt, außer Anſatz bleiben. S. unten die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten (II § 287 fg.) und Windſcheid die Actio, Abwehr ꝛc. § 8. Jedenfalls ſind die Römer nicht gemeint, wo ſie von actio reden, dadurch den Gegenſatz zur naturalis obligatio zu betonen.

[4] Man läßt ſich dabei verführen durch den deutſchen Ausdruck Klage. Von einer Klage, d. h. von einem ſich bei dem Richter Beklagen, kann freilich nicht eher die Rede ſein, bis man Unrecht erlitten hat. Das jedenfalls ſollte man ſich zum Bewußtſein bringen, daß die Grundvorſtellung in dem römiſchen Begriffe actio eine ganz andere iſt, als in unſerem Begriffe Klage, dort die Vorſtellung der Verhandlung, hier die Vorſtellung des Sichbeklagens, Sichbeſchwerens. Das zeigt ſich auch darin, daß wir nicht anders ſagen können, als: gegen Jemanden klagen, während die ganz geläufige römiſche Ausdrucksweiſe iſt: agere cum aliquo.

[5] Das im Texte Geſagte iſt der Grundgedanke folgender Schrift: Windſcheid die Actio des römiſchen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts (1856). Vgl. dagegen die Gegenſchrift von Muther: zur Lehre von der römiſchen Actio ꝛc. (1857), und gegen dieſen wieder: Windſcheid die Actio, Abwehr gegen Dr. Theodor Muther (1857); über alles Dieſes die Recenſionen von Kuntz in Schletter's Jahrb. V S. 1—16 (1859) und Zimmermann in Heidelb. krit. Zeitſchr. V S. 461 fg. (1859). Vgl. ferner Dworzak krit. Ueberſchau V S. 1 fg., Bekker krit. VJSchr. V S. 399 fg. — Die Anſicht, daß die actio das neue, durch die Verletzung des Rechts aus demſelben entſtandene Recht ſei, iſt in der neueren Zeit namentlich durch Savigny (Syſtem V § 204. 205) vertreten worden. Andere Schriftſteller haben dieſen Irrthum vermieden, und beſtimmen die actio als die dem Rechte als ſolchem innwohnende und auch vor der Verletzung vorhandene Befugniß zur Klage für den Fall der Verletzung (eventuelles Klagerecht), oder als das

§ 45.

Dem Gesagten zufolge findet sich auch die in § 43 erörterte Eintheilung der Ansprüche in dingliche und in persönliche Ansprüche in einer Eintheilung der actiones wieder. Die Bezeich-

---

Recht selbst in seiner Macht, sich durch Klage zu verwirklichen (Puchta § 81 und Vorles. dazu, Rudorff zu Puchta Vorles. 5. Ausg. I S. 185 Note 1, Arndts § 96, Wächter I § 98. Württemb. Privatr. II § 62 Note 1, Unger § 113, Kierulff S. 156. 157). Aber auch dieser Auffassung gegenüber muß gefragt werden, ob denn die Römer in allen Fällen, wo sie von actio reden, gerade dieses Moment der processualischen Verfolgbarkeit im Auge haben, und ob, was sie von der actio aussagen, immer in diesem Momente seinen Grund hat? Und wenn diese Frage verneint werden muß, wie in der That Niemand bestreitet (man denke beispielsweise an die actio poenalis, an den Untergang der actio durch den Tod des Subjects): folgt daraus nicht, daß die Römer den Begriff: Befugniß zur processualischen Verfolgung verwerthen zur Bezeichnung einer Seite des Rechts, welche etwas Anderes ist, als eben seine processualische Verfolgbarkeit, und sollte dieses Andere nicht gerade die persönliche Richtung des Rechts sein, d. h. dasjenige, was von der processualischen Verfolgbarkeit übrig bleibt, wenn man das specifische Moment des Processes abzieht? Böcking (Pandekten des röm. Privatr. I § 131. Pandekten-Grundriß I § 150 Note 1. Institutionen I § 51 — übereinstimmend Demelius Untersuchungen S. 116 fg., v. Bethmann-Hollweg röm. Civilproceß II § 35 Note 8. § 85 Note 7 —) definirt denn auch wirklich die actio als „das Recht selbst in seiner Bethätigung oder Thätigkeit sich geltend zu machen", handelt aber nichtsdestoweniger von der actio unter der Rubrik: Schutzmittel verletzter Rechte. — In der oben citirten Schrift habe ich den Satz aufgestellt, die römische actio sei der Ausdruck, nicht der Ausfluß des Rechts; die actio sei es, welche das Recht mache, nicht das Recht, welches die actio mache. Man kann darüber streiten, ob das nicht zu scharf gesagt ist für die civilrechtlichen Actionen (vgl. Bruns zur Geschichte der Cession in: Symbolae Bethmanno-Hollwegio oblatae die XII. Sept. MDCCCLXVIII, Berlin 1869, S. 50); in Betreff der auf der magistratischen Jurisdiction beruhenden ist es gewiß richtig. Noch Ulpian nimmt keinen Anstand, von einem Nießbrauche zu reden, welcher nicht „iure" bestehe, sondern „tutione praetoris" (l. 1 pr. D. quib. mod. ususfr. 7. 4, vgl. l. 9 § 1 D. ususfr. quemadm. [7. 9). Vgl. übrigens auch in Betreff der civilrechtlichen Actionen Brinz krit. VJSchr. XI S. 484 und die Schrift von S. Schultze: Privatrecht und Proceß in ihrer Wechselbeziehung, 1. Theil 1883, welcher letztere Schriftsteller übertreibend behauptet, es habe in Rom zur Zeit des Formularprocesses kein anderes Recht (Recht im objectiven Sinn) gegeben, als das durch die magistratische Jurisdiction für den einzelnen Fall verwirklichte. Vgl. dazu auch Eisele Gött. gel. Anz. 1884 S. 826 fg. (Ferneres in den früheren Auflagen.) — Besondere Auffassungen des Wesens der actio bei Hasse Rhein. Museum VI. 1, Muther

nung für diese Eintheilung ist: actiones in rem — in personam s. personales. Ueber diese Eintheilung ist folgendes Nähere zu bemerken[1].

1. Der Ausdruck actio in personam wird nicht, wie man erwarten möchte, auch auf die familienrechtlichen Ansprüche bezogen[2].

---

a. a. O. S. 35 fg. 40 fg., Bekker a. a. O., Schloßmann der Vertrag S. 215 fg., namentlich bei Bekker. Dieser Schriftsteller hat seine Ansicht zuerst ausgesprochen an dem oben erwähnten Orte, krit. VJSchr. V S. 399 fg., sodann näher ausgeführt in einem Aufsatze in der Zeitschr. f. RGsch. IX S. 369 fg. (1870) und zuletzt in einem umfassenden Werke: die Aktionen des römischen Privatrechts, Berlin 1871. 1873. Neuestens: krit. VJSchr. XX S. 338 fg. (1878). Nach Bekker's Auffassung ist die römische actio etwas rein Formales: Recht auf Gericht; aber in diesem Gerichte erhält man nur Etwas, wenn man einen Anspruch hat (Anspruch = Recht auf Leistung, das Leistensollen des Gegners, beruhend auf Recht oder Volksüberzeugung). Nach meiner Meinung liegt der „Anspruch" in der actio als solcher, und wenn sich nicht leugnen läßt, daß Jemand „actionem habere" kann, ohne eine Condemnation erlangen zu können (wie z. B. der Mandant sofort nach Ertheilung des Mandats), so hat das seinen Grund lediglich darin, daß der ihm ertheilte Anspruch (auf ein der bona fides entsprechendes Verhalten) auch befriedigt ist. — Ueber die Schrift von Prinz: das allgemeine Actionenrecht oder die Lehre vom Anspruche, auf der geschichtlichen Unterlage des gemeinen und preußischen Rechtes dogmatisch entwickelt, und als leitendes Princip für jede Proceßgesetzgebung begründet, Breslau 1870, s. die vorige Auflage und Bekker krit. VJSchr. XII S. 587 fg. — Eine weit gehende Annäherung an die hier vertretene Auffassung bei Bruns in der 2. Aufl. von v. Holtzendorff's Encykl. I S. 350 (4. Aufl. S. 428). Ebenso bei Brinz 2. Aufl. § 79. 92. 92a. Vgl. auch Wildhagen die Verjährung der Einreden im heutigen römischen Recht, Jena 1882 (welcher Schriftsteller aber für das heutige Recht einen „Anspruch" schon dann annimmt, wenn Thatsachen feststehen, auf Grund deren „bis auf Weiteres" richterliche Hülfe in Anspruch genommen werden kann, S. 43 fg.

§ 45. [1] S. über das Folgende Windscheid die Actio § 2, und über abweichende Ansichten: Duroi Arch. f. civ. Pr. VI S. 252 fg. 386 fg. (1823), Hasse d. J. Rhein. Mus. VI S. 12 fg. 154 fg. (1884), Savigny V § 206—209 (1841), Wächter Erörter. I. 4 (1845, Bekker Jahrb. d. gem. R. IV S. 178 fg. (1860), Hesse Jahrb. f. Dogm. VIII S. 21 fg. (1865), Bekker die Aktionen I S. 200 fg. (1871), Keller röm. Civilproc. § 87, Rudorff röm. RGesch. II § 35, Unger II § 114, Sintenis I S. 247 fg.

[2] Gai IV. 2. „In personam actio est, qua agimus, quoties cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, contendimus, i. e. cum intendimus, dare facere praestare oportere". Ebenso im § 1 I. de act. 4. 6, l. 25 pr. D. de O. et A. 44. 7. Die in personam actio ist also die obligatorische actio. — Da die obligatorische actio sich mit dem

Dieß erklärt sich aus der oben (§ 39) bezeichneten Natur der familienrechtlichen Ansprüche, kraft deren sie nicht reine Rechtsansprüche sind. So erscheint den Römern die gerichtliche Verfolgung der familienrechtlichen Ansprüche, soweit von ihr überhaupt die Rede sein kann, als etwas Außerordentliches, bei der Betrachtung der eigentlichen Rechtsansprüche nicht mit in Rechnung zu Ziehendes.

2. Actio in rem bezeichnet nicht ausschließlich die dingliche actio, d. h. die actio aus dinglichem Rechte[3]; in einem anderen Sinne bezeichnet der Ausdruck die unpersönliche (sachliche) actio[4]. Unpersönlich (sachlich) aber kann eine actio einmal deßwegen genannt werden, weil sie auf etwas dem Gegner nicht Persönliches geht, dann aber auch deßwegen, weil sie nicht an eine bestimmte

---

obligatorischen Rechte deckt, so wird sie häufig geradezu statt des letzteren genannt, so z. B. in l. 8 § 11 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 10 D. de A. E. V. 19. 1; vgl. auch l. 7 § 1 D. de cap. min. 4. 5: „actionum ex delicto venientium obligationes".

[3] In einer Reihe von Stellen bezeichnet actio in rem ganz speciell die Eigenthumsactio wegen Vorenthaltung der Sache, die rei vindicatio, vgl. z. B. Gai. IV. 51. 86. 87. 91, l. 23 pr. D. de R. V. 6. 1, l. 25 pr. D. de O. et A. 44. 7, l. 14. § 2 D. de exc. rei iud. 44. 2; dann auch die Actio, mit welcher überhaupt ein dingliches Recht geltend gemacht wird. Gai. IV. 3. „In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, velut utendi, aut utendi fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi, vel altius tollendi, vel prospiciendi. Item actio ex diverso adversario est negativa". — Andere Bezeichnungen für die in rem actio in diesem Sinne sind: vindicatio, petitio, wodurch denn die in personam actio zur actio schlechthin oder actio im engeren Sinne wird. Gai. IV. 5, l. 178 § 2 D. de V. S. 50. 16, l. 28 D. de O. et A. 44. 7. — Actio in rem als Vertreterin der actio in personam: s. § 174 Note 9. — Ueber die s. g. actiones mixtae s. Löhr Magazin für RW. und Gesetzgeb. IV S 18 fg., Arndts Rhein. Mus. II S. 141—144, Savigny V S. 36. 37, Puchta Inst. II § 167. i. k, Wächter II S. 419. 420, Keller röm. Civilpr. § 87 zu Note 1094, Eck die s. g. doppelseitigen Klagen S. 90 fg., Bekker die Aktionen I S. 240 Note 34.

[4] Der Ausdruck in rem bezeichnet das Unpersönliche auch in zahlreichen anderen Verbindungen. S. z. B. l. 7 § 8 D. de pact. 2. 14. „Pactorum quaedam in rem sunt, quaedam in personam. In rem sunt, quotiens generaliter paciscor ne petam, in personam, quotiens ne a persona petam, i. e. ne a Lucio Titio petam". Vgl. außerdem l. 10 D. ut leg. 36. 3, l. 8 § 4 D. de lib. leg. 34. 3, l. 1 § 3 D. quar. rer. actio 44. 5, l. 12 pr. D. de reb. auct. iud. 42. 5.

Person gebunden ist. Beides trifft zusammen bei den dinglichen actiones[5], ferner bei der actio, mit welcher Erbrecht geltend gemacht wird[5a], welche actiones also auch in diesem doppelten Sinne in rem sind; das Letztere allein macht sich geltend bei den actiones aus Obligationen mit unbestimmtem Gegner, den s. g. actiones in rem scriptae[6].

3. In rem in dem zuvor bemerkten Sinne, unpersönlich (sachlich), ist ferner auch diejenige actio, in welcher nicht die Verurtheilung des Gegners, sondern nur die Feststellung irgend eines rechtlichen oder thatsächlichen Verhältnisses durch richterlichen Spruch verlangt wird. Das iudicium wird hier speciell als praeiudicium, die actio als actio praeiudicialis bezeichnet[7]. Und zwar ist die actio praeiudicialis unpersönlich (sachlich) ebenfalls unter dem

---

[5] Was auch die dingliche actio im letzten Resultate vom Gegner verlangen mag, sie verlangt es von ihm auf Grund des dinglichen Rechts, und so ist es in erster Linie immer das Bestehen des dinglichen Rechts, worauf sie gerichtet ist.

[5a] Actio in rem de universitate, im Gegensatz der actio in rem specialis, l. 1 pr. § 1 D. de R. V 6. 1. Vgl. III § 611 Note 3. § 605 Note 13.

[6] Bei der actio in rem scripta ist die Person des Verpflichteten in dem Sinne unbestimmt, daß verpflichtet ist der jeweilig in einem gewissen Verhältniß Stehende. Vgl. § 43 Note 6. — Der Ausdruck actio in rem scripta, den man jetzt als technischen zu gebrauchen pflegt, kommt in unseren Quellen nur ein Mal, in l. 9 § 8 D. quod. met. c. 4. 2, vor, außerdem ist von exeptio in rem scripta die Rede in l. 4 § 33 D. de doli exc. 44. 4. In der ersten Stelle wird die actio aus dem Zwange in rem scripta deßwegen genannt, weil sie nicht „personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit, quod metus causa factum est". Andere Beispiele der s. g. actio in rem scripta s. in l. 5 § 13 l. 7 pr. § 1 D. quod vi aut cl. 43. 24, l. 12 D. de aqua et aqua 39. 3. Eine solche actio ist aber deßwegen, weil sie in rem scripta ist, nicht weniger eine actio aus einem Forderungsrechte, also in personam, und die Quellen erkennen dieß ausdrücklich an, § 31 I. de act. 4. 6, l. 6 § 5 D. de aqua et aquae 39. 3. Eine besondere Behandlung dieses Gegenstands s. bei Schmidt (von Ilmenau) civil. Abh. Nr. 1. Vgl. auch Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 519 fg. 546 fg. 554 fg.

[7] § 13 I. de act. 4. 6. „Praeiudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber vel an libertus sit vel de partu agnoscendo". Um die praeiudicialis actio mit zu umfassen, definirt § 1 I. eod. die actio in rem als diejenige actio, mit welcher Jemand klagt gegen den „qui nullo iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam".

doppelten zuvor bezeichneten Gesichtspunkte, sowohl deßwegen, weil sie auf etwas dem Gegner Unpersönliches geht, behauptet, daß Etwas sei, nicht, daß der Gegner etwas leisten müsse, als auch deßwegen, weil sie nicht auf eine bestimmte Person beschränkt ist, sondern Jeden ergreift, welcher dem behaupteten Verhältnisse die Anerkennung verweigert. Will man nun in dieser actio ebenfalls den Ausdruck eines Anspruchs finden, so kann man als Inhalt desselben nur bezeichnen, daß er auf Anerkennung des Bestehenden gerichtet sei. Richtiger erscheint es aber, die actio praeiudicialis lediglich als processualisches Gebilde, Anrufung des Richters, oder Recht zur Anrufung des Richters, aufzufassen, ohne daß dabei irgend ein Anspruch gegen den Gegner zu Grunde läge[7a]. Während in der Regel dem Richter die Entscheidung eines zwischen zwei Parteien streitigen Punkts nur insofern obliegt, als ihm dieselbe nothwendig ist, um darüber erkennen zu können, ob einer Partei Unrecht geschehen sei, wird hier eine solche Entscheidung von ihm begehrt, ohne daß sich eine Partei über erlittenes Unrecht beklagte. In welchem Umfang ein solches Begehren zulässig sei, ist eine processualische, jetzt durch die Reichscivilproceßordnung erledigte Frage[8].

[7a] Das Gegentheil sucht Degenkolb Einlassungszwang und Urtheilsnorm S. 131 fg. auszuführen. Dieser Schriftsteller nimmt ein Recht auf Bejahung an. Uebereinstimmend mit dem im Text Gesagten J. Weismann in der in der folgenden Note genannten Schrift (theilweise abweichend in der Schrift über Hauptintervention S. 78), ferner Förster-Eccius Preuß. Privatr. I S. 259, Löning Zeitschr. f. Civilpr. IV S. 190.

[8] CPO. § 231. „Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung der Echtheit derselben, kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, daß das Rechtsverhältniß oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde". Vgl. § 253. Vgl. Degenkolb in der in Note 7a citirten Schrift (1877) S. 131 fg., J. Weismann die Feststellungslage (1879), Bähr Urteile des Reichsgerichts S. 143 fg., Mandry S. 302. Früher war es für das gemeine Recht streitig, ob eine Präjudicialklage auch bei anderen als s. g. Statusverhältnissen zulässig sei. Doch hatte sich bereits vor der CPO. eine überwiegende Praxis gegen diese Beschränkung ausgesprochen. S. die Citate in der 5. Aufl. und die weiteren Anführungen bei Mandry S. 303 Note 13. — Gegen den Schluß aus der actio in rem praeiudicialis auf die Dinglichkeit der Rechtsverhältnisse, bei welcher sie stattfindet, welcher Schluß namentlich im Betreff der Statusverhältnisse wirklich gemacht worden ist (Thibaut

§ 46.

Außer der Eintheilung in actio in rem und in personam wird in den Quellen des römischen Rechts noch eine große Anzahl von anderen Eintheilungen der actiones erwähnt. Die allermeisten derselben gehören aber nicht hierher; zum Theil weil sie sich nicht auf die materielle, sondern auf die processualische Seite der actio, auf das Gerichtsmoment in dem Begriffe der actio, beziehen[1], zum Theil weil sie antiquirt sind[2], zum Theil weil ihre Bedeutung nicht so allgemeiner Natur ist, daß von ihnen schon an diesem Orte geredet werden dürfte[3]. Nur eine jener Eintheilungen darf hier nicht übergangen werden. Zwar ist dieselbe in der besonderen Gestalt, in welcher sie im römischen

---

Versuche II S. 55 fg.), braucht nach dem Gesagten wohl kaum noch besonders gewarnt zu werden. Vgl. Windscheid a. a. O. S. 16—19.

§ 46. [1] Von dieser Art ist

a) die Eintheilung in actio in engerem Sinne und extraordinaria persecutio (l. 178 § 2 D. de V. S. 50. 16), Keller röm. Civ. Pr. § 81, Rudorff röm. RGesch. II § 60, Bethmann-Hollweg röm. Civ. Pr. II § 122;

b) die Eintheilung in actio in engerem Sinne und interdictum (l. 35 § 2 D. de proc. 3. 3, l. 37 pr. D. de O. et A. 44. 7), vgl. Keller a. a. O. § 74—76, Rudorff a. a. O. § 53—54, Bethmann-Hollweg a. a. O. II § 98;

c) die Eintheilung in actio simplex und duplex, Keller a. a. O. § 90, Rudorff a. a. O. § 47.

[2] Dieser Grund macht sich geltend

a) bei den zuvor unter a) und b) aufgeführten Eintheilungen; was die unter c) genannte angeht, vgl. § 127 Note 2;

b) bei der Eintheilung in actio civilis und honoraria, actio directa und utilis, sowie bei dem Begriffe der actio in factum, vgl. Keller a. a. O. § 89, Rudorff a. a. O. § 49. 51, Bethmann-Hollweg a. a. O. II § 96;

c) bei der Eintheilung in actiones populares und privatae, vgl. Keller a. a. O. § 92, Rudorff a. a. O. § 46, Bruns Zeitschr. f. RGsch. III S. 341—415, und unten § 326 Note 6.

[3] Aus diesem Grunde gehört nicht hierher die Eintheilung in actiones quibus rem persequimur und poenales, ferner actiones quae vindictam continent (Keller a. a. O. § 91, Rudorff a. a. O. § 44, Bethmann-Hollweg a. a. O. II § 95), und die Eintheilung in actiones perpetuae und temporales (Keller a. a. O. § 93, Rudorff a. a. O. § 52). Die letztere Eintheilung ist hergenommen von der verschiedenen Dauer der (unbefriedigten) Ansprüche, die erstere setzt allen übrigen Ansprüchen besondere Klassen der obligatorischen Ansprüche entgegen. Vgl. Windscheid die Actio ꝛc. § 3 u. unten § 106. Auch Unger § 114 Note 16, Thon Rechtsnorm S. 59 fg.

Rechte auftritt, für uns ebenfalls Antiquität, aber der ihr zu Grunde liegende Gedanke ist sowohl von bleibender Wahrheit, als von allgemeiner Natur. Dieser Gedanke ist, daß ein Unterschied zwischen den einzelnen Ansprüchen besteht in Betreff der Bestimmtheit, oder besser gesagt, in Betreff der Dehnbarkeit ihres Inhalts. Die Quelle dieses Unterschieds ist die Natur der Thatsachen, durch welche die Ansprüche erzeugt werden. Es gibt Thatsachen, welche unabänderlich auf eine bestimmte Leistung als das von der Gerechtigkeit (Billigkeit) Geforderte hinweisen; die Natur anderer aber ist von der Art, daß sie den Inhalt des Anspruchs, welchen sie erzeugen, mehr im Allgemeinen bezeichnen, als im Einzelnen bestimmen, daß sie nur die Grundlage der Entscheidung an die Hand geben, während die Entscheidung selbst von den besonderen Umständen des einzelnen Falles abzuhangen hat. Es liegt nahe, daß das Recht sich bestreben wird, seine Regel mit Rücksicht auf diese besonderen Umstände genauer auszubilden; alle Umstände vorherzusehen, ist geradezu unmöglich; wie weit in der Casuistik vorgegangen werden soll, darüber wird leicht das eine Recht eine andere Ansicht haben, als das andere. — Im römischen Rechte tritt die verschiedene Dehnbarkeit der Ansprüche in der größeren oder geringeren Weite der dem Judex ertheilten Instruction zu Tage. Unter den dehnbareren, freieren actiones werden hervorgehoben die actiones bonae fidei und arbitariae[4]. Dieselben

[4] Die actiones bonae fidei (§ 28—30 I. de act. 4. 6) haben ihren Namen davon, daß der Judex angewiesen wurde, den Beklagten zu verurtheilen auf Alles, was derselbe leisten müsse ex fide bona, d. h. nach Treue und Glauben, nach der unter redlichen Menschen festgehaltenen Regel (ut inter bonos bene agier oportet, wie es früher beim iudicium fiduciae hieß, Cic. de off. III. 15 Top. c. 17 i. f.). Die arbitrariae actiones (§ 31 I. de act. 4. 6) haben ihren Namen davon, daß in ihnen der Richter auf sein arbitrium (arbitratus) verwiesen wurde. Zu den actiones bonae fidei gehören nur obligatorische actiones, zu den arbitrariae gehören zwar auch obligatorische, vorzugsweise aber alle dinglichen. Der Gegensatz gegen die actio bonae fidei wird durch den Ausdruck condictio bezeichnet, heutzutage sagt man gewöhnlich actio stricti iuris. Dieser letztere Ausdruck läßt sich aber als ein Ausdruck der klassischen Zeit nicht nachweisen (er kommt nur in § 28 I. de act 4. 6 und der Sache nach in l. un. § 2 C. de rei ux. act. 5. 13 vor, in der ersten Stelle überdieß mit der Variante „stricti iudicii", s. die Ausgabe von Schrader), und ist insofern nicht zu empfehlen, als er zu einer unrichtigen Auffassung der Natur des Gegensatzes zu verleiten geeignet ist. Diese

legen dem Judex gar keine Schranken auf, sondern überlassen es seinem Ermessen, worauf er den Beklagten verurtheilen wolle. Freilich hat es dabei nicht sein Bewenden behalten; im Laufe der

---

Auffassung, welche namentlich von Savigny vertreten wird, geht dahin, daß es sich hier um den Gegensatz von strengem und billigem Rechte handele. Das ist aber keineswegs der Fall; die Rechtsregel, nach welcher die actiones bonae fidei und die s. g. actiones stricti iuris beurtheilt werden, ist gleich streng und gleich billig, sie ist nur mehr oder weniger offen; bei dem, was man actio stricti iuris nennt, ist strictum nicht das ius, sondern das iudicium (der Ausdruck actio stricti iudicii steht in l. 5 § 4 D. de in lit. iur. 12. 3, strictum iudicium in § 30 I. de act. 4. 6, und nach einer leichten Aenderung der sinnlosen florentinischen Lesart in l. 3 § 2 D. comm. 13. 6). Für den Anspruch z. B. aus der Stipulation, ist es ebenso sehr das Angemessene, d. h. das Billige (aequum), daß man bei der Bestimmung seines Inhalts nicht über die Worte der Parteien hinausgehe, als es für den Anspruch aus dem Kaufe das Billige ist, daß die Intention der Parteien ausgelegt werde; der römische Ausdruck aber hierfür ist der, daß dort der Judex, um ihn zu befähigen, dem Wesen des Rechtsverhältnisses Genüge zu leisten, auf ein oportet verwiesen wird, hier auf ein oportet ex fide bona. Vgl. über die bonae fidei actiones und ihren Gegensatz Savigny V § 218—220. 224 und Beil. XIII. XIV, Wächter Erörterungen II. 11, Vangerow I § 139 Anm., Keller röm. Civ. Pr. § 88, Windscheid die Actio ꝛc. § 4, Rudorff röm. RGesch. II § 40—42, Bethmann-Hollweg röm. Civ. Pr. II S. 261—286, Bekker die Aktionen I S. 93—168, Bechmann Kauf I S. 616 fg., Brinz Pand. 2. Aufl. II S. 55 fg. Aus dem umfassenden Werke von M. Voigt, das jus civile und jus gentium der Römer gehört namentlich der dritte Band (1871. 1875) hierher. Neuestens: Baron Abhandl. aus dem röm. Civilproz. Bd. 1 (1881) und darüber Bekker Zeitschr. der Sav.-Stift. IV S. 94 fg., Pfersche die Bereicherungsklagen S. 6 fg. (1883); wieder Baron krit. VJSchr. VII S. 539 fg. Ueber die arbitrariae actiones s. Savigny V § 221 - 224, Wächter Erörter. II. 9, Keller röm. Civ. Pr. II § 28. 67, Rudorff röm. RGesch. II S. 152—154, Bethmann-Hollweg röm. Civ. Pr. II S. 287—293 und vgl., was die Schrift von Gimmerthal das Eigenthum im Conflict mit den übrigen Gebilden des Sachenrechts und die actiones arbitrariae insbesondere, 2. Aufl. 1875, angeht, Lenel Beiträge zur Kunde des Prätorischen Edicts S. 55, auch Kohler Ges. Abhandlungen I S. 75 fg. Bei den actiones arbitrariae findet sich regelmäßig noch die Eigenthümlichkeit, daß die Formula dem Judex Verurtheilung nur für den Fall gestattet, daß der Beklagte nicht auf sein Gebot den Kläger freiwillig befriedigen sollte; daß diese Eigenthümlichkeit bei sämmtlichen arbitrariae actiones vorgekommen sei, läßt sich nicht behaupten. (Es sagt dies freilich § 31 I. de act.; aber wie verhält es sich mit der actio de eo quod certo loco? In l. 4 § 1 D. de quod certo loco 13. 4 wird die Verpflichtung des Judex, zu absolviren, offenbar nur daraus hergeleitet, daß er „aequitatem ante oculos habet“,

Zeit sind für dieses Ermessen durch die Jurisprudenz und die Kaisergesetzgebung Rechtsregeln ausgebildet worden, welche in das Detail hineingehen, soweit es irgend wünschbar ist. Aber die Natur dieser actiones hat sich dadurch nicht geändert, es sind immer actiones geblieben, welche nicht unverrückbar auf ein von vorn herein Bestimmtes gehen, sondern auf ein nach den besonderen Umständen des einzelnen Falls zu Bestimmendes. Und wie mit diesen actiones, verhält es sich noch heutzutage mit den durch sie bezeichneten Ansprüchen. Deßwegen kann es nicht gebilligt werden, wenn jetzt allgemein gelehrt wird, daß der Gegensatz zwischen den strengen und den freien actiones für das heutige Recht ohne alle Bedeutung sei. Der diesem Gegensatze zu Grunde liegende Gedanke hat für uns noch dieselbe Wahrheit, welche er für die Römer hatte[5]. Was an jenem Gegensatze für das heutige Recht ohne Bedeutung ist, ist nur seine Ausprägung im römischen Formularverfahren. Diese Ausprägung hat denn freilich auch auf den Inhalt des Gegensatzes einen Einfluß ausgeübt, welcher für uns nicht mehr maßgebend sein kann, insofern die Römer aus der engeren oder weiteren Anweisung des Judex auch solche Consequenzen gezogen haben, welche mit der Natur der rechterzeugen-

---

nicht aber aus einer speciellen Clausel seiner Instruction. Und wie hätte sich mit der contumacia des Beklagten die Rücksichtnahme auf sein Interesse [l. 2 pr. tit. cit.] vertragen? Vgl. Cohn die s. g. actio de eo quod certo loco S. 134 fg. und die Literaturangaben das. S. 144 Note †, Lenel Beiträge zur Kunde des Prätorischen Edicts S. 55 fg. und Edictum perpetuum S. 193 fg. A. M. Puntschart Grünhut's Zeitschr. VI S. 419 fg.) — Neben den actiones bonae fidei und arbitrariae werden als freie Klagen noch genannt die in aequum et bonum conceptae. Es sind dieß Strafklagen, bei denen das Strafmaß in das Ermessen des Judex gestellt ist. Vgl. Keller Civ. Pr. § 88 Note 1117, Savigny II S. 93–96.

[5] So erzeugen die s. g. Formalcontracte auch heutzutage noch eine s. g. actio stricti iuris, die übrigen Verträge eine actio bonae fidei, d. h. bei den Formalcontracten ist auch heutzutage noch die Beredung der Parteien ohne Weiteres bestimmend für den Inhalt des durch sie erzeugten Anspruchs, bei den übrigen Verträgen muß erst durch Auslegung ihrer Intention der Inhalt des Anspruchs gefunden werden. Ebenso ist der Darlehnsanspruch, der Anspruch aus ungerechtfertigtem Haben, auch heutzutage noch, und aus demselben Grunde und in demselben Sinne wie bei den Römern, ein anderer Anspruch, als z. B. der Anspruch aus der Vormundschaft, der Gemeinschaft. Vgl. auch Brinz 2. Aufl. I S. 273.

den Thatsachen nicht in Verbindung stehen und sich aus derselben nicht rechtfertigen[6]. Diese Consequenzen sind allerdings aus dem heutigen Rechte auszuweisen[7].

Die Einreden*.

§ 47.

Einem Anspruche kann eine Einrede entgegenstehen. Das will sagen: ein Anspruch ist zwar begründet, es sind alle Thatsachen vorhanden, welche das Recht für seine Entstehung verlangt, es ist keine Thatsache vorhanden, an welche das Recht seinen Untergang anknüpft; aber ein ihm entgegenstehender Umstand bewirkt,

[6] Auch die engere Anweisung gab dem Judex die Möglichkeit, dem Wesen des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses vollkommen gerecht zu werden; darauf war sie berechnet. Aber wie, wenn von Außen her Umstände hinzutraten, welche mit selbstständiger Kraft auf den Anspruch modificirend oder hemmend einwirkten? Auf sie Rücksicht zu nehmen, war bei den engeren Klagen gerade ebenso sehr Forderung der Billigkeit, wie bei den freien; aber dem Judex war hier die Hand durch seine Instruction gebunden. Auch in manchen anderen Beziehungen glaubte man ihm, wegen der Fassung derselben, eine Freiheit der Bewegung nicht gestatten zu dürfen, welche man der Sache selbst für angemessen hielt, z. B. im Betreff der Verhaftung des Schuldners für Unterlassungen. Eine Zusammenstellung der Verschiedenheiten beider Klaggattungen geben Wächter Erörter. II S. 48 fg., Vangerow I § 139 Anm.

[7] Ueber die heutige Unanwendbarkeit derselben herrscht unter den neueren Civilisten eine fast ausnahmslose Uebereinstimmung, obgleich Wächter nicht zweifellos darüber ist, ob in dieser Beziehung von einem eigentlichen Gewohnheitsrechte geredet werden dürfe. Wächter Erörter. II S. 112 fg., Savigny V § 224, Arndts § 100 Anm., Vangerow I S. 209.

* Kierulff S. 175—188, Savigny V § 225—229, Wächter I § 102. Württemb. Privatr. II § 69. 70, Sintenis I § 32, Unger II § 124—126. Windscheid die Actio ꝛc. S. 225—227. Keller Civ. Pr. § 34—37, Rudorff röm. RGesch. § 31—33, Bethmann-Hollweg röm. Civ. Pr. II § 99.

§ 47. [1] Im römischen Rechte tritt, wie der Anspruch selbst in der Form der actio, so diese Hemmung des Anspruchs in der Form einer Hemmung der actio auf. Die Bezeichnung dafür ist exceptio, eigentlich und ursprünglich: Ausnahme von dem dem Judex ertheilten Condemnationsbefehle, Gai. IV. 115—119; pr. I. de exc. 4. 13, l. 2. 22. pr. D. eod. 44. 1. Nothwendig war die Einrückung einer solchen Ausnahme in die Formel eben dann, wenn der Beklagte in seiner Vertheidigung nicht dabei stehen blieb, zu bestreiten, daß der Anspruch an und für sich begründet sei; zu untersuchen, ob der Anspruch an und für sich begründet sei, darauf wies den Judex bereits die in-

daß der Verpflichtete ihn abweisen, sich seiner Durchführung widersetzen kann; durch diesen Umstand ist der Anspruch gehemmt[1].

Der Umstand, welcher den Anspruch hemmt, kann ein Recht

---

tentio an. Wann und wie lange man sagen müsse, daß ein Anspruch an und für sich begründet sei, wo das Gebiet der indirecten Unwirksamkeit beginne, ist eine Frage, deren Beantwortung von den besonderen Bestimmungen des positiven Rechts abhängt, und welche das eine positive Recht leicht anders beantworten wird, als das andere (man denke z. B. an den Einfluß des Zwangs auf die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte). So ist die Grenze zwischen Nichtexistenz des Anspruchs und Gehemmtheit durch Einrede keine nothwendige; der Gegensatz selbst ist von der Art, daß er sich in jedem nur einigermaßen entwickelten Rechte wiederfinden wird. Und zwar hat dieser Gegensatz nicht bloß theoretische, sondern auch praktische Bedeutung. In processualischer Beziehung: auf den nicht existirenden Anspruch darf der Richter nicht verurtheilen, auf die Einrede darf er nur Rücksicht nehmen, wenn der Beklagte sich auf dieselbe berufen hat; in materieller Beziehung: der nicht existirende Anspruch muß, um vorhanden zu sein, erst erzeugt werden, während derjenige, dem nur eine Einrede entgegensteht, durch Wegfall der Einrede volle Kraft gewinnen kann, ohne daß eine Wiederholung der Thatsachen, durch welche er erzeugt wird, erforderlich wäre. Büchel civilrechtl. Erörterungen II. 1 S. 4 fg., Savigny V S. 157. 158. 166—169. 179 fg., Wächter Württemb. Privatr. II S. 508—511, Reinhold Zeitschr. f Civ. u. Pr. N. F. XIII S. 193—195. 199—201 (1856), Vangerow I § 126 Anm., Arndts § 101 Anm. 1 (aber auch krit. Ueberschau IV S. 238), Unger II S. 474 fg., Bethmann-Hollweg röm. Civ. Pr. II S. 388 fg., Wach Vorträge über die Reichs-Civilproceßordnung S. 45, Dernburg I § 137. Von der anderen Seite ist es ebenso wahr, daß nicht überall ein innerer Grund ersichtlich ist, weßwegen das römische Recht einen bestimmten Umstand als exceptio behandelt oder aber ihm die Kraft zuschreibt, den Anspruch zu einem an und für sich unbegründeten zu machen, und daß dabei namentlich der Gegensatz zwischen dem Civil- und dem prätorischen Rechte eine bedeutende Rolle gespielt hat. Zu weit aber ist es gegangen, wenn man auf diesen Gegensatz den Begriff der exceptio hat stellen wollen, wie das mehr oder weniger durchgreifend versucht haben: Albrecht die Exceptionen des gem. teutschen Civilprocesses (München 1835, nam. § 9. 19), Krüger processualische Consumtion § 5 und Zeitschr. f. RGesch. VII S. 219 fg., Eisele die materielle Grundlage der exceptio (Berlin 1871), welchem Letzteren zustimmen: mit einer anderen Wendung E. Zimmermann in seinen „kritischen Bemerkungen" zu der gedachten Schrift (Gießen 1872), mit einer Beschränkung Brinz krit. VJSch. XIV S. 206 fg. (s. aber was die Beschränkung angeht auch Pand. 2. Aufl. § 107), — ferner Schloßmann zur Lehre vom Zwange (Leipzig 1874) S. 23 fg., und in einer besonderen Schrift Lenel über Ursprung und Wirkung der Exceptionen (Heidelberg 1876), sodann Thon Rechtsnorm und subjectives Recht S. 261 fg., Sohm Institutionen S. 144. Dawider Bekker

oder eine Thatsache sein[2]. Die Hemmung selbst kann eine bleibende oder eine vorübergehende[3], eine vollständige oder eine theil-

Aktionen II S. 278 fg., Birkmeyer die Exceptionen in bonae fidei judicium (Erlangen 1874, über und gegen diese Schrift Eisele krit. VJSchr. XVI S. 501 fg., Lenel a. a. O. S. 63 fg.), Wach in der 5. u. 6. Aufl. von Keller's röm. Civilproceß § 34 Note 373 und Grundriß des Civilprocesses S. 87–94, Karlowa Rechtsgeschäft S. 132 fg., Schwalbach Jahrb. f. Dogm. XIX S. 25 fg. Die Consequenz der erwähnten Ansicht ist, daß die römische exceptio für das heutige Recht keine Bedeutung mehr habe, und diese Consequenz hat Albrecht rein gezogen, ebenso Brinz, während Krüger, Eisele und Zimmermann die innere Berechtigung des Begriffs einer indirecten Abschwächung des Anspruchs (des Klagerechts) nicht leugnen (Krüger Zeitschr. S. 219. 222, Eisele S. 123 fg., Zimmermann S. 29 fg.), und Thon a. a. O. anerkennt, daß in den „rechtsverfolgenden" Einreden (z. B. Einrede des nicht erfüllten Vertrags, Compensationseinrede) eine Verneinung des klägerischen Anspruchs nicht enthalten sei. S. auch Schwalbach a. a. O. S. 37 fg. 50. Von einer anderen Seite her (in einseitig processualischer Betrachtung) bestreitet die Bedeutung des Begriffs der exceptio für das heutige Recht v. Völderndorff Zeitschr. f. Civ. u. Pr., N. F. XI S. 290 fg (1854). Auch Bekker Aktionen II S. 275 fg. ist der Ansicht, daß die exceptio für das römische Recht Bedeutung gehabt habe lediglich durch ihre besondere processualische Behandlung, und leugnet aus diesem Grunde ihre Unterschiedenheit von den heutigen Einreden (s. unt.). — Neuere Bestreitungen der Bedeutung des Begriffs der exceptio für das heutige Recht: 1) S. Schultze Privatrecht und Proceß in ihrer Wechselwirkung I S. 340. 375 fg. (1883): die römische exceptio gehört dem System der „prätorischen Privatrechtserzeugung" an und ist mit diesem weggefallen. 2) Wildhagen über die Verjährung der Einreden im heutigen römischen Recht S. 43 fg. (1882): der Anspruch, dem eine ipso iure wirkende Thatsache entgegensteht, ist in gleichem Sinne ein existirender Anspruch, wie der s. g. gehemmte Anspruch (vgl. § 44 Note 5 a. E.). 3) Leonhard Irrthum S. 301 fg. (1883) will als exceptiones für das heutige Recht nur diejenigen Einreden anerkennen, welche auf einer Rechtswohlthat beruhen oder dem Beklagten ein materielles oder ethisches Opfer zumuthen.

[2] Beispiele. Nießbrauch gegenüber dem Eigenthumsanspruche, Gegenforderung gegenüber dem Forderungsanspruche — Einrede des Betrugs, exceptio rei venditae et traditae. Unhaltbar ist die durch Savigny zu einer weit verbreiteten Anerkennung gelangte Ansicht, daß das Wesen der exceptio in der Geltendmachung eines der Klage entgegenstehenden selbstständigen Rechts bestehe, wenigstens wenn man unter diesem „selbstständigen Rechte" etwas Anderes verstehen will, als eben die Befugniß, die Zurückweisung des klägerischen Anspruchs zu verlangen. Vgl. gegen diese Ansicht z. B. l. 1 § 6 D. ne quid in flum. publ. 43. 13, l. 3 § 1 i. f. D. nautae 4. 9, und von Schriftstellern Bekker proc. Consumption S. 93–95. Aktionen II S. 275 fg., Wetzell

weise sein[4]. Sie kann persönlicher oder unpersönlicher (sachlicher) Natur sein, d. h. eine bestimmte Person des in dem Anspruche Berechtigten[5], oder Verpflichteten[6], voraussetzen oder nicht voraussetzen[7].

Civilproc. § 17 Note 18, Windscheid die Actio ꝛc. S. 226. 227, Brinz S. 131 (2. Aufl. I S. 370), Krüger proc. Consumption S. 24 und Zeitschr. f. RGesch. VII S. 219 fg., Birkmeyer a. a. O. S. 33 fg. S. auf der anderen Seite aus der neueren Zeit: Arndts in der 5. und den folgenden Auflagen § 101 Anm. 2, Bethmann-Hollweg röm. Civ. Pr. II S. 390 fg.

[3] Exceptiones perpetuae, peremtoriae — temporales, dilatoriae. Gai. IV. 120—122, § 8—11 I. de exc. 4. 13, l. 2 § 4, l. 3 D. eod. 44. 1. Vgl. Schwalbach a. a. O. (Note 1) S. 30 fg.

[4] Dieses Letztere noch in doppelter Beziehung, entweder der Quantität nach, z. B. bei der Einrede aus dem s. g. beneficium competentiae (l. 7 pr. D. de exc. 44. 1), oder der Qualität nach, so daß eine natürliche Verbindlichkeit übrig bleibt, z. B. bei der exceptio SCi Macedoniani.

[5] L. 4 § 33 D. de doli exc. 44 4. „Metus causa (exceptio) . . distat aliquid doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur eius, qui dolo fecit; enimvero metus causa exceptio in rem scripta est 'si in ea re nihil metus causa factum est', ut non inspiciamus, an is qui agit metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocunque, non tantum ab eo qui agit". Vgl. l. 2 § 1, l. 4 § 28 eod., l. 57 § 1 D. de pactis 2. 14.

[6] L. 2 § 2 D. de doli exc. 44. 4. „Plane ex persona eius, qui exceptionem obicit, in rem opponitur (doli) exceptio: neque enim quaeritur, adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris". L. 7 D. de exc. 44. 1, l. 57 § 1 D. de pact. *cit.* — Zu dieser und der vorhergehenden Note: Einreden, welche auf den Sondernachfolger in das dingliche Recht übergehen oder nicht übergehen. Vgl. § 78 Note 6, § 112 Note 2, § 132 Note 3, § 172 Note 7, § 197 Note 6. 7, § 233 Note 15, II § 337 Note 9, § 449 Note 14.

[7] Ohne alle Bedeutung für das heutige Recht ist die Eintheilung der exceptiones in solche, welche auf dem Civil- und solche, welche auf dem prätorischen Rechte beruhen (Gai. IV. 118, § 7 I. de exc. 4. 13), ferner die Begriffe der exceptio utilis (l. 21 D. de praescr. verb. 19. 5) und der exceptio in factum (ausführlich specificirte, nicht mit einem kurzen Namen bezeichnete exceptio, l. 2 § 5 l. 4 § 16. 32 D. de dol. exc. 44. 4). Unpraktisch ist ferner der Begriff der s. g. exceptio doli generalis oder praesentis ('si in ea re nihil dolo malo Ai Ai fiat'). Diese exceptio doli war für die Römer nichts als ein Mittel, dem Juder die Berücksichtigung einer jeden Einrede möglich zu machen, auch ohne daß sie in der Formel speciell genannt war, denn: „dolo facit, quicunque id quod quaqua exceptione elidi potest petit" (l. 2 § 5 D. de doli exc. 44. 4). Vgl. aber auch Hänel Arch. f. civ. Pr. XII S. 429 fg. (1829). Für die richtige Auffassung Römer Zeitschr. f.

Von der Einrede in dem hier erörterten Sinne des Worts ist zu unterscheiden die Einrede im processualischen Sinne des Worts. Die Einrede im processualischen Sinne des Worts bezieht sich auf die vom Kläger aufgestellten thatsächlichen Behauptungen und besteht darin, daß der Beklagte diesen Behauptungen seinerseits eine Behauptung entgegenstellt. Die Einrede im materiellen Sinne des Worts muß auch im Processe nothwendigerweise als Einrede auftreten; aber nicht jede Einrede, welche es im Sinne des Processes ist, ist zugleich eine Einrede im materiellen Sinne des Worts, denn die von dem Beklagten aufgestellte Behauptung kann auch von der Art sein, daß sie mit dem behaupteten Entstehen oder Fortbestehen des klägerischen Anspruchs an und für sich unverträglich ist[8].

Handelsr. XX S. 48 fg. Aus der neueren Zeit: Pernice Labeo II S. 112 fg. (1878). Vgl. Seuff. Arch. V. 2, VI. 290, IX. 32.

[8] Es ist eine Einrede im processualischen Sinne des Worts, wenn der Beklagte sich darauf beruft, daß das von dem Kläger angerufene Rechtsgeschäft von einem Wahnsinnigen abgeschlossen worden sei, oder darauf, daß er das empfangene Darlehn bereits zurückgezahlt habe; aber weder in dem einen noch in dem anderen Falle liegt eine Einrede im materiellen Sinne des Worts vor. — Was die Bezeichnung angeht, so beschränkt das römische Recht den Ausdruck exceptio auf die Einrede im materiellen Sinne des Worts, obgleich der formula in factum concepta gegenüber auch die Einrede im processualischen Sinne des Worts als exceptio auftreten konnte (vgl. Thon Zeitschr. f. RGesch. II S. 239 fg., Jhering Geist des röm. Rechts III S. 58, aber auch Bekker Aktionen II S. 136 fg.). Savigny (V S. 189) hat vorgeschlagen, diesen römischen Sprachgebrauch beizubehalten, und danach zwischen Exceptionen und Einreden zu unterscheiden. Es steht dem Ausdrucke Exception nichts entgegen, als daß er undeutsch ist; aber dieß ist in meinen Augen auch genug. Ich sehe in der Verwendung des deutschen Ausdrucks Einrede auch für die römische exceptio keinen Uebelstand. In sehr vielen Fällen wird der Zusammenhang jedes Mißverständniß ausschließen; wo man glaubt, Ursache zu haben, sich gegen Mißverständniß besonders zu schützen, mag man sich durch einen Zusatz: im processualischen Sinne, processualische Einrede — im Sinne des materiellen Rechts, im materiellen Sinne, im engeren Sinne, helfen. Man könnte daran denken, den deutschen Ausdruck Einwand, welcher jedenfalls von der Rechtssprache noch nicht in Besitz genommen ist, zur Bezeichnung der römischen exceptio zu verwerthen. Aber dem widerspricht der Geist der deutschen Sprache, welche diesen Ausdruck ganz allgemein für jede Entgegnung gebraucht. Vgl. auch Wächter Württemb. Privatr. II § 69 Anm. 19, Reinhold Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII S. 204, Unger II § 124 Note 12. — Nicht zu verwechseln mit den Einreden im processualischen Sinne sind die

§ 48.

Der Einrede kann eine Gegeneinrede entgegenstehen. Das will sagen: die Hemmung eines Anspruchs kann durch einen ihr entgegenstehenden Umstand in derselben Weise ausgeschlossen werden, wie der Anspruch selbst durch die Einrede ausgeschlossen wird, d. h. so, daß die Hemmung, obgleich sie fortfährt, begründet zu sein, doch nicht geltend gemacht werden kann. Ebenso kann die Gegeneinrede ihrerseits wieder durch eine ihr entgegenstehende Gegeneinrede überwunden werden, und so fort[1].

Bei den Gegeneinreden finden sich dieselben Gegensätze, welche im vorigen § von den Einreden bemerkt wurden. Ebenso gibt es, wie Einreden im processualischen Sinne, so auch Gegeneinreden im processualischen Sinne; auch in dieser Beziehung gilt das im vorigen § von den Einreden Bemerkte[2].

---

s. g. Proceßeinreden, besser proceßverzögerlichen Einreden, diejenigen Einreden, mit welchen der Beklagte einen processualischen Mangel in dem Vorbringen des Klägers geltend macht, zu dem Ende, um sich der Pflicht der Klagebeantwortung zu entziehen. Vgl. hierüber: Bülow die Lehre von den Proceßeinreden und den Proceßvoraussetzungen (1868), welcher Schriftsteller nicht von Proceßeinreden, sondern von Proceßvoraussetzungen geredet wissen will, und über diese Schrift: Planck krit. VJSchr. XI S. 163 fg., v. Bar Arch. f. civ. Pr. LII S. 431 fg., Wetzell Civilproc. 3. Aufl. S. 136 fg.

[1] Die Gegeneinreden heißen römisch: replicatio, duplicatio, triplicatio. § 48. Gai. IV. 126–129, pr. — § 3. I. de replic. 4. 14, l. 2 § 1—3 l. 22 § 1 D. de exc. 44. 1. L. 22 § 1 cit.: „Replicatio est contraria exceptio quasi exceptionis exceptio". L. 2 § 3 cit.: — „sed et contra replicationem solet dari triplicatio (*vulg.* solet dari duplicatio et contra duplicationem triplicatio)". Vgl. l. 7 § 1. 2 D. de cur. fur. 27. 10.

[2] Der Einrede im Sinne des materiellen Rechts kann nicht bloß die Behauptung eines Umstands entgegengesetzt werden, durch welchen die hemmende Kraft der Einrede indirect gehemmt, sondern auch eine solche Behauptung, durch welche geradezu die Existenz der Einrede verneint wird, z. B. der Einrede der Compensation wird die (processualische) Gegeneinrede der Zahlung entgegengesetzt. — Umgekehrt kann auch der Einrede im bloß processualischen Sinne des Worts eine Gegeneinrede im materiellen Sinne des Worts entgegengesetzt werden, z. B. ein Gläubiger ist von seinem Schuldner zum Schulderlasse gezwungen worden. (Wie eine solche Einrede bei den Römern in der Formel zum Ausdrucke gelangte, ist eine hier nicht zu erörternde Frage. Vgl Bekker Aktionen II S. 284 fg.)

Rechte an Rechten.

§ 48a.

Können Rechte wieder den Gegenstand von Rechten bilden? Hierüber wird lebhaft gestritten[1]. Jedenfalls ist der Ausdruck Recht am Rechte im juristischen Sprachgebrauch recipirt. Jedermann spricht von Nießbrauch und Pfandrecht[2], Mancher auch von Eigenthum[3] an einem Rechte. Aber es fragt sich, ob das Verhältniß, welches bezeichnet werden soll, durch diesen Ausdruck richtig bezeichnet wird. Die bejahende Meinung geht davon aus, daß Gegenstand eines Rechtes Dasjenige sei, für welches die Rechtsordnung den Willen der Person als maßgebend erklärt hat, und daß, wenn man von einem Recht an einem Rechte spreche, man damit eben die Thatsache bezeichnen wolle, daß der Wille einer Person nach der Rechtsordnung maßgebend für ein Recht sei Hierzu ist jedoch zu bemerken,

1) daß es nicht den gleichen Sinn hat, wenn eine Sache und wenn ein Recht als Gegenstand eines Rechts bezeichnet wird[4];

---

§ 48a. [1] Für die Bejahung Neuner (§ 37 Note 3) S. 52. 53, Bekker krit. VJSchr. VI S. 479, F. P. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte S. 36 fg. 84 fg., Hofmann kr. VJSchr. XII S. 527, Pfaff Grünhut's Zeitschr. I S. 53 fg., Hartmann Rechte an eigener Sache S. 23 fg. (Jahrb. f. Dogm. XVII S. 86 fg. 139 fg.). krit. VJSchr. XXII S. 528. 538 fg., Leonhard Zeitschr. f. Handelsr. XXV S. 429 fg. Für die Verneinung Bürkel Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch S. 20 fg. in Verbindung mit krit. VJSchr. XI S. 218 fg., Exner Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 11 fg. (dazu Bekker krit. VJSchr. XV S. 540 fg. 547 fg.), Thon Rechtsnorm und subjectives Recht S. 182, Hanausek uneig. Nießbrauch S. 42 fg., Mansbach Nießbrauch an Forderungen S. 1 fg. (hervorzuheben), Ennecerus in dem Vorworte zu dieser Schrift, Strohal Grünhut's Zeitschr. VII S. 406 fg. IX S. 77 fg., Kohler Pfandrechtliche Forschungen S. 41 fg. 44 fg.

[2] Aus den Quellen: usus fructus nominis (l. 3 D. de usufr. ear. 7. 5); servitus servitutis esse non potest (l. 1 D. de usu et usufr. 33. 2, vgl. l. 33 § 1 D. de S. P. R. 8. 3); nomen usus fructus pignori est, pignori datur (öfter); nuda proprietas pignori data (l. 18 § 1 D. de pign. act. 13. 7).

[3] S. § 168 Note 1.

[4] Man darf sich nicht etwa bei der Auffassung beruhigen, daß auch das Recht eine Sache sei (eine unkörperliche Sache), und daher in derselben Weise den Gegenstand eines Rechtes müsse bilden können, wie die (körperliche) Sache. Das Recht ist eben keine Sache, wird nur als solche gedacht. Daß Jemand ein Recht an einer Sache hat, heißt, daß die Rechtsordnung ihm einen Befehl

2) daß nicht von einem Recht an einem eigenen Recht geredet werden darf[5];

3) daß auch das Recht an einem fremden Recht[6] zwar zum unmittelbaren Gegenstand das Recht, aber durch dieses Recht hindurch als ferneren Gegenstand die Sache, an welcher das Recht stattfindet, und, wenn man als Gegenstand des persönlichen Rechts die verpflichtete Person bezeichnen will, auch diese Person hat[7.8]

in Betreff menschlichen Verhaltens zur Sache zu eigen gegeben habe, oder daß sie ihn in die Lage versetzt habe, einen solchen Befehl durch seinen Willen hervorrufen zu können. Wer aber ein Recht an einem Rechte hat (wessen Wille von der Rechtsordnung maßgebend für ein Recht erkärt worden ist), hat weder einen Rechtsbefehl in Betreff menschlichen Verhaltens zum Rechte, noch kann er einen solchen Befehl hervorrufen.

[5] Dadurch, daß die Rechtsordnung für einen von ihr erlassenen Befehl den Willen einer Person maßgebend erklärt, entsteht erst ein Recht: folglich kann das Recht nicht der Gegenstand des maßgebenden Willens sein. Den Gegenstand des maßgebenden Willens bildet der von der Rechtsordnung erlassene Befehl, aber nicht das Recht, welches die Verknüpfung des Befehls der Rechtsordnung mit dem Willen einer Person zur Voraussetzung hat. Wenn einem Berechtigten z. B. das Veräußerungsrecht zugesprochen wird, so wird ihm damit nicht ein Recht an seinem Rechte gegeben, sondern die Rechtsordnung erklärt, daß sein Wille für den von ihr erlassenen Befehl auch in der Richtung maßgebend sei, daß er für denselben den Willen eines Anderen maßgebend machen könne. Der Ausdruck: Eigenthum an einem Rechte läßt sich nur insofern entschuldigen, als in einem gegebenen Falle ein Bedürfniß vorliegen kann, zum Ausdruck zu bringen, daß der Wille einer Person für einen von der Rechtsordnung erlassenen Befehl nicht bloß in einer einzelnen Beziehung, sondern schlechthin maßgebend sei.

[6] Das Recht an einem fremden Recht kann zum Inhalt haben, daß der Wille des Berechtigten maßgebend ist für die Verwirklichung oder für das Sein (So oder so sein, Nichtsein) des Rechts. Vgl. § 206. 227. 239.

[7] Wessen Wille maßgebend ist für ein Recht, dessen Wille ist maßgebend auch für dasjenige, für welches das Recht maßgebend ist.

[8] Kann man nicht auch des Begriffs: Recht an einem fremden Rechte entrathen? Man müßte zu diesem Ende sagen: auch der Gegenstand dessen, was man Recht an einem fremden Recht nennt, sei, wie der des s. g. Rechts am eigenen Recht, nicht sowohl das fremde Recht, als der von der Rechtsordnung erlassene Befehl — nicht dieser Befehl in Verknüpfung mit der Person, welcher er zu eigen gegeben ist, sondern dieser Befehl als solcher (vgl. Note 5). Also z. B.: das Pfandrecht an einer Forderung habe zum Gegenstand den an den Schuldner gerichteten Leistungsbefehl, nicht den zu Gunsten des Gläubigers an den Schuldner gerichteten Leistungsbefehl. Mir scheint das zu weit zu gehen.

Zweites Kapitel.

Das Rechtssubject.

I. Vom Rechtssubjecte im Allgemeinen.

Natürliche und juristische Person. Subjectlosigkeit des Rechts.

§ 49.

Nach dem in § 37 Gesagten bestehen Rechte dadurch, daß die Rechtsordnung für einen von ihr erlassenen oder zu erlassenden Befehl den Willen einer Person als maßgebend erklärt hat. Die Person, deren Wille als maßgebend erklärt ist, ist das Subject des Rechts[1].

Wenn hier weiter gefragt wird, was unter „Person" zu verstehen sei, so scheint die selbstverständliche Antwort zu sein: der Mensch. Denn wie einerseits die Aufgabe der Rechtsordnung eben darin besteht, die Herrschaftskreise der in der Welt einander gegenüberstehenden Menschen abzugrenzen, so hat andererseits nur der Mensch einen Willen. Aus dem Letzteren darf jedoch nicht geschlossen werden, daß der Mensch, dem in einem gegebenen Fall aus einem zufälligen Grunde die Willensfähigkeit abgeht, nicht Subject von Rechten sein könne. Die Rechtsordnung ersetzt diesen Mangel dadurch, daß sie ihm den Willen eines Willenfähigen als seinen Willen anrechnet.

Nun aber ist es eine Thatsache, daß Rechte vorkommen, welche an einen Menschen als ihr Subject nicht angeknüpft sind. Die hauptsächlichste Anwendung dieses Verhältnisses ist, daß Rechte bestehen, welche die Bestimmung haben, einem gewissen Zwecke zu dienen, z. B. dem Staatszwecke, dem Zwecke der Pflege und Heilung von Kranken ꝛc. Von mehr untergeordneter Bedeutung ist, daß Rechte bestehen können in Erwartung, daß ein Mensch als ihr Subject eintrete; der Hauptfall, welcher hierher gehört, ist der,

§ 49. [1] Vgl. über den Begriff des Rechtssubjects den Aufsatz von Bekker Jahrb. f. Dogm. XII S. 1 fg. (1872, wirklich erschienen im Herbst 1871), welcher freilich mehr fragt als antwortet, dazu Bekker krit. VJSchr. XV S. 553. 559 (1873). Ferner Bierling zur Kritik der juristischen Grundbegriffe II S. 71 fg. (1883), Jhering Geist des röm. R. II § 60. 61.

daß der zum Nachlaß eines Verstorbenen Berufene die Erbschaft noch nicht erworben hat[2].

Für dieses Verhältniß ist eine doppelte juristische Auffassung möglich.

1. Die nächstliegende Auffassung ist, daß hier ein Rechtssubject eben nicht vorhanden ist. Die Rechte haben kein Subject[3], sondern

---

[2] S. noch § 52 zu Note 5; auch § 215 Note 3. In anderen Fällen macht das Recht es von einem künftigen Umstande abhängig, ob dieser oder jener Mensch Subject der Rechte und Verbindlichkeiten sein werde. Ein wichtiger hierher gehöriger, freilich antiquirter, Fall ist der des in Gefangenschaft gerathenen römischen Bürgers; seine Rechte gingen weder unter, noch sofort auf den Erben über. Vgl. l. 18 [19] § 5 D. de neg. gest. 3. 5. „Dum apud hostes esset Titius, negotia eius administravi, postea reversus est: negotiorum gestorum mihi actio competit, etiamsi eo tempore, quo gerebantur, dominum non habuerunt". Andere Fälle in l. 12 § 5 l. 70 § 1 D. de usufr. 7. 1 (darüber Wächter das schwebende Eigenthum [Leipzig 1871] S. 8—17), Gai. III 114.

[3] Die Frage nach der juristischen Möglichkeit des Bestehens von Rechten ohne Subject ist noch immer unausgetragen. Für diese Möglichkeit haben sich ausgesprochen Windscheid die Actio S. 234 fg. u. krit. Ueberschau VI S. 219—221, Köppen d. Erbschaft § 1 u. Erbrecht S. 235—244, Demelius die Rechtsfiction S. 79. 82. 85 und Jahrb. f. Dogm. IV. 2 passim, Schirmer röm. Erbrecht § 3, Unger österr. Erbrecht § 7 Anm. 5. 12, Bruns in v. Holtzendorff's Encyklopädie I S. 270 (4. Aufl. S. 409), Bekker Jahrb. f. Dogm. XII S. 1 fg. und schon früher Jahrb. d. gem. R. I S. 305, s. auch Pernice Labeo I S. 358 fg.; gegen dieselbe: Kuntze die Obligation S. 59 u. § 95 und Inhaberpapiere S. 234, Unger kr. Ueberschau VI S. 160—171, Dworzak in Haimerl's österr. VJSchr. VIII Lit. Anz. S. 51—53 u. XI Heft 2 S. 6, Salkowski Bemerkungen zur Lehre von den jur. Personen S. VII, Arndts § 21 Anm. 1. § 465 Anm. 1 g. E., Witte Zeitschr. f. Handelsr. VIII S. 8. 9, Neuner (§ 37 Note 3) S. 109 fg., Randa Arch. f. deutsch. Wechselr. XV S. 1 fg., Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 390. 391, Böhlau Rechtssubject und Personenrolle (Weimar 1871) S. 4 fg., ders. Mecklenb. Landr. II S. 5. 6, Zitelmann Begriff und Wesen der s. g. juristischen Personen (Leipzig 1873) S. 27 fg., 62 fg., ders. Irrthum und Rechtsgeschäft S. 72 Note 85, Bolze Begriff der juristischen Person (Stuttgart 1849). Schwankend, mit Unterscheidung zwischen Stiftungen und Corporationen, Bierling a. a. O. (Note 1). Ueber Brinz s. Note 5. — Jhering a. a. O. (Note 1, s. auch Jahrb. f. Dogm. X S. 399. 408 fg.) nimmt an, daß zwar ohne Subject kein Recht bestehen könne, wohl aber, was er die passive Seite des Rechts nennt, d. h. „der Zustand rechtlicher Gebundenheit oder Beschränktheit, in den die Sache oder die Person durch das Recht versetzt wird". Aber auch Rechtsverfolgung läßt er zu — und haben wir dann nicht, fragt er selbst

nur eine Bestimmung. Oder genauer gesagt: während es die regelmäßige Bestimmung der Rechte ist, denjenigen Interessen zu dienen, welche sich in der Person eines Menschen concentriren, ist es hier ihre Bestimmung, einem unpersönlichen Zweck zu dienen, oder aufbewahrt zu werden für einen Menschen, dessen Interessen sie künftig dienen sollen. Nach dieser Auffassung liegt in dem hier stattfindenden Verhältniß eine Erweiterung des Begriffs des Rechts. Die Rechtsordnung hat den von ihr ertheilten Befehl Niemandem zu eigen gegeben. Allerdings muß auch in diesem Falle, wenn der Befehl nicht ohnmächtig bleiben soll, dafür gesorgt werden, daß ein menschlicher Wille vorhanden sei, welcher für ihn maßgebend ist. Aber derjenige Mensch, dessen Wille als maßgebend für die Durchsetzung des Rechtsbefehls und für die Verfügung über denselben erklärt wird, handelt weder für sich, noch für Jemanden, dem das Wollen des Handelnden als sein Wollen angerechnet wird, er handelt nicht für einen als wollend Gedachten, er handelt nicht für Etwen, sondern für Etwas.

2. Dieser Auffassung widerstrebt aber ein natürliches, auf dem tiefen Zuge zur Persönlichkeit, welcher durch die Menschennatur hindurchgeht, beruhendes Gefühl. Dasselbe sucht auch hier für die Rechte ein tragendes Subject, und findet dasselbe in einer künstlich, durch Gedankenoperation, geschaffenen, einer vorgestellten Person. So werden die Rechte und Verbindlichkeiten, welche dem Staatszwecke zu dienen bestimmt sind, dem Staate zugeschrieben, diejenigen, welche zur Krankenpflege verwendet werden sollen, dem Krankenhause, die durch den Tod des bisherigen Trägers subjectlos gewordenen, auf den Erben noch nicht übergegangenen, der Erbschaft selbst u. s. w.[4]. Auf diesem Wege wird zugleich ein

(S. 432), ein Recht ohne Subject? Nein, „in Wirklichkeit ist auch hier die Beziehung des Rechts zu einem Subjecte vorhanden, nur daß das Subject kein gegenwärtiges, sondern ein zukünftiges ist". Aber ist ein künftiges Subject ein existirendes Subject? Wie Jhering jetzt auch Dernburg § 49. „Diese (die künftige) allerdings zunächst nur vorgestellte Person ist für den Fall ihrer dereinstigen Existenz das Rechtssubject".

[4] Personificationen des Unpersönlichen finden nicht bloß zu juristischen Zwecken statt; es gibt tausend uns geläufige Personificationen, welche ohne alle juristische Bedeutung sind. Wenn wir z. B. von der öffentlichen Meinung sagen, daß sie einen Sieg davon getragen habe, von dem Handel, daß er sich neue Wege suche, so machen wir die öffentliche Meinung und den Handel zu

Bedürfniß der juristischen Technik befriedigt, indem es nun möglich wird, den Rechtssätzen ohne Rücksicht darauf, ob die Rechte einem Subjecte zustehen oder nicht, einen einheitlichen Ausdruck zu geben[5]. Eine solche künstlich geschaffene Person wird mit einem

einer Person, aber deßwegen nicht zu einem Rechtssubjecte. Welche der im Leben vorkommenden Personificationen fähig seien, Rechtssubjecte zu werden, ist eine Frage, welche nicht aus der Natur der Sache, sondern nur aus positiver Bestimmung beantwortet werden kann. Vgl. Jhering der Zweck im Recht II S. 191 fg.

[5] Vgl. Unger österr. Erbr. § 7 Anm. 7. — Der im Texte vertretenen Auffassung, nach welcher die Aufstellung einer gedachten Person als Subjects von an sich subjectlosen Rechten etwas Natürliches und Zweckmäßiges ist, stehen zwei andere Auffassungen gegenüber. 1) Die eine erklärt die Aufstellung einer gedachten Person für Mehr als etwas Natürliches und Zweckmäßiges, nämlich für eine logische Nothwendigkeit, weil das Recht ohne Subject nicht gedacht werden könne (vgl. Note 3). Aber es liegt auf der Hand, wie auch schon Andere bemerkt haben (vgl. die Citate bei Zitelmann a. a. O. S. 18, neuestens Brinz 2. Aufl. S. 198), daß die Wirklichkeit dadurch nicht zu einer anderen gemacht wird, daß sie als eine andere vorgestellt wird, und wenn daher in der That ein Recht ohne Subject nicht gedacht werden kann, so folgt daraus nur, daß dasjenige, was vorhanden ist, wo es an einem Subjecte thatsächlich fehlt, eben kein Recht ist, sondern irgend etwas Anderes; nicht aber kann es zu einem Rechte dadurch gemacht werden, daß das fehlende Subject hinzufingirt wird. So consequent Jhering, welcher bei der Stiftung und der ruhenden Erbschaft nicht Rechte annimmt, sondern nur rechtliche Gebundenheit (Note 3), ferner Bolze Begriff der juristischen Person (Stuttgart 1879), welcher lehrt, bei der Stiftung und der ruhenden Erbschaft seien nicht Rechte vorhanden, sondern die Rechtsordnung lasse nur gleiche Wirkungen eintreten, als wenn Rechte vorhanden wären. Und so im Grunde auch Brinz (S. 984. 990. 991), nur daß dieser davon absteht, dasjenige, was bei Mangel eines für sich wollenden Subjects vorhanden sei, näher zu bestimmen, und sich darauf beschränkt, zu versichern, daß es dazu nicht nothwendig sein würde „neue Begriffe aufzustellen, sondern nur die vorhandenen zu fassen und Rechtsgeschäfte und Actionen ihnen gemäß zu formen". 2) Andere erklären umgekehrt die Aufstellung einer gedachten Person für etwas Ueberflüssiges und Unzweckmäßiges, und sind mehr oder minder geneigt, die gedachte Person aus der Rechtstheorie ganz zu beseitigen. Der Urheber dieser Richtung ist Brinz, welcher in der Vorrede zu seinem Lehrbuche S. XI (1857) das berühmt gewordene Wort ausgesprochen hat, daß die gedachte Person ebensowenig in die Lehre von den Personen gehöre, wie die Vogelscheuche in die Lehre von den Menschen — unter Beifall von Demelius Rechtsfiction S. 85 und namentlich Jahrb. f. Dogm. IV S. 113 fg. (1860), vgl. auch Bekker Zeitschr. für Handelsr. IV S. 499 fg. (1860). Jahrb. f. Dogm. XII. 1 (1872). krit. VJSchr. XV S. 556 (1873), und s. dagegen Unger krit. Ueberschau VI S. 156 fg. und

hergebrachten, nicht einwandfreien, Ausdrucke juristische Person genannt[6], im Gegensatze des Menschen, welcher von der Natur mit Persönlichkeit begabt ist. Eine bessere Bezeichnung ist: fingirte

österr. Erbr. § 7 Anm. 10. 12. 13, Arndts krit. VJSchr. I S. 93 fg. und Pand. § 41 Anm. 3, Vangerow 7. Aufl. I § 53 Anm. a. E., Wächter I S. 238, H. Wirte Zeitschr. f. Handelsr. VIII S. 8 fg., Bruns in v. Holtzendorff's Encyklop. 2. Aufl. I S. 335 (4. Aufl. S. 411 fg.), Zrodlowski röm. Privatrecht I S. 127 fg., Ehrenberg beschränkte Haftung S. 445 fg., Gierke das deutsche Genossenschaftsrecht III S. 103 fg. 131 fg. In der Fortsetzung seines Lehrbuchs, 1868, erkennt übrigens Brinz an, nicht bloß daß das „Zweckvermögen" von jeher so behandelt worden sei, als stehe es einer Person zu, sondern auch daß daran nichts geändert zu werden brauche. Wenn andererseits Brinz darauf dringt, daß die Doctrin sich immer im Bewußtsein erhalte, daß die gedachte Person eben nur eine gedachte und in Wirklichkeit ein personenloses Vermögen vorhanden sei, daß die Doctrin bedacht sein solle, diesem Vermögen „die Personificationen statt über-, unterzuordnen", so ist er dabei gewiß in seinem Rechte. Vermittelnd Bekker Jahrb. f. Dogm. XII S. 103 fg. (juristische Personen wegen der Rechtsgeschäfte). S. jetzt auch Brinz in der 2. Aufl. I S. 194 fg. und darüber Arndts in Grünhut's Zeitschr. I S. 493 fg. — Böhlau a. a. O. (Note 3) will an die Stelle der gedachten Person die Fiction setzen, daß das „thatsächlich subjectlose" Vermögen eine physische Person zum Herrn habe, deren „Rolle" das Vermögen „spiele". S. darüber Zitelmann a. a. O. S. 21 fg., Brinz 2. Aufl. S. 197, andererseits wieder Böhlau Arch. f. civ. Pr. LVI S. 358 fg. S. auch denf. Mecklenb. Landrecht II S. 5 fg. Zuletzt Gierke das deutsche Genossenschaftsrecht III S. 104 Note 236. — Dogmengeschichtliches in Betreff der Personenfiction Gierke a. a. O. S. 279 fg. 363 fg. 425 fg. 674 fg. 726 fg.

[6] Person nennt der nichtjuristische Sprachgebrauch das mit Selbstbewußtsein und Willensfähigkeit begabte Individuum. Die s. g. juristischen Personen sind persönlich gedachte Nichtpersonen; daß sie als Personen gedacht werden, beruht auf einem der Menschennatur inwohnenden Zuge, welchen das Recht für sich verwerthet, und nicht auf einer Vorschrift des Rechts; insofern kann man sie sogar zu den natürlichen Personen rechnen. Allerdings werden nun im juristischen Sprachgebrauche die Ausdrücke Person und Persönlichkeit vielfach auch in einem anderen Sinne gebraucht (nicht immer, wie es scheint, mit einem klaren Bewußtsein dieses Gegensatzes). Man versteht dann unter Person das vom Rechte mit der Fähigkeit, Rechtssubject zu sein, ausgestattete Individuum, unter Persönlichkeit die Fähigkeit, Rechtssubject zu sein, so daß also Persönlichkeit gleich Rechtsfähigkeit ist. In diesem Sinne sind die juristischen Personen freilich juristische Personen; aber der Mensch ist es nicht minder, denn auch er hat Rechtsfähigkeit nur, weil und insofern sie ihm vom Rechte verliehen ist. Vgl. Kuntze die Obligation S. 377, Unger österr. Erbrecht § 7 Anm. 11. — Die Römer verstehen unter persona (über die Ableitung des Worts s. Gell. Noct. Att. V. 7 und vgl. mŏles und mŏlestus,

Person[7], eine noch schlechtere, früher viel gebrauchte: moralische Person. Auch der Ausdruck mystische Person findet sich. Ueber die Ansicht, nach welcher die juristische Person eine wirkliche, keine gedachte Person sein soll, ist das Nöthige in der Note[8] bemerkt.

currus und cŭrulis, Mommsen röm. Staatsrecht I S. 313 Anm. 4) nicht Rechtssubject, sondern Person im nichtjuristischen Sinne des Worts, so daß sie z. B. keinen Anstand nehmen, von einer persona servi oder servilis zu reden (l. 86 § 2 D. de leg. I° 30, l. 215 D. de V. S. 50. 16, l. 22 pr. D. de R. I. 50. 17). Für das, was wir juristische Person nennen, haben sie keine Bezeichnung, sondern sagen, Etwas werde wie eine Person behandelt (l. 22 D. de fidei. 46. 1), oder nennen es geradezu persona (l. 9 § 1 D. quod metus causa 4. 2, in welcher Stelle die Corporation der „singularis persona" entgegengesetzt wird, vgl. „persona publica" und „persona coloniae" bei Agg. Urb. und Frontin., röm. Feldmesser ed. Lachmann p. 16. 54). Wenn es in Nov. Theod. XVII. 1 § 2 und bei Cassiod. Var. VI. 8 von den Sclaven heißt: „personam non habentes", „personam legibus non habentes", so soll damit, wie der Zusammenhang deutlich zeigt, lediglich ihre Unfähigkeit, vor Gericht aufzutreten, bezeichnet werden, so daß die Redeweise nur das „legitimam personam (standi) in iudicio" der rubr. Cod. 3. 6 wiedergibt, wo persona nichts bezeichnet als Rolle, Function; es heißt hier personam habere, wie es sonst heißt: personam ferre, gerere, sustinere, tueri, capere, recipere. Ganz allgemein aber und mit Ableitung anderer Consequenzen nennt Theophilus (zu § 2 I. de her. inst., pr. I. de stip. serv, § 3 I. quib. mod. toll. obl.) den Sclaven ἀπρόσωπος, so daß nicht zu bezweifeln ist, daß er in der That unter persona Rechtssubject versteht.

[7] Wenn man den Menschen die natürliche Person nennt, so bildet den Gegensatz nicht die juristische, sondern die nur vorgestellte, in Gedanken künstlich geschaffene, also fingirte Person. v. Scheurl (Beiträge I S. 5—11) will nur diejenigen künstlichen Personen, welche, wie die ruhende Erbschaft, keinen anderen Zweck haben, als den, Rechtssubject zu sein, fingirte Person genannt wissen, die übrigen juristische.

[8] Die Frage, ob die juristische Person wirklich nur eine gedachte Person sei, hat unsere Wissenschaft, namentlich was Corporationen angeht, seit ihren Anfängen beschäftigt. Vgl. darüber die Darstellung von Gierke das deutsche Genossenschaftsrecht Bd. III, und was die neuere Zeit angeht unten § 58 Note 3, § 59 Note 1a und die Uebersicht bei Zitelmann Begriff und Wesen der s. g. juristischen Personen S. 53 fg., und bei Gierke a. a. O. S. 132 fg., sodann diese Schriftsteller selbst (Gierke Bd. II u. III). Nach Zitelmann soll die juristische Person deßwegen reale Existenz haben, weil ihre Rechtssphäre von einem realen Willen, den zur Einheit zusammengeschlossenen Willen der Corporationsmitglieder, dem Willen des Stifters, des Erblassers, beherrscht werde. Aber der Beweis dafür, daß die Willen der Corporationsmitglieder eine Einheit in der Wirklichkeit, und nicht bloß für die Vorstellung bilden, ist nicht erbracht, und für die Stiftung ist nicht der Wille des Stifters maßgebend,

Das im Vorstehenden über das Subject der Rechte Gesagte gilt in entsprechender Weise auch für das Subject der dem Recht gegenüberstehenden Verbindlichkeiten.

Unbestimmtheit des Rechtssubjects*.

§ 50.

Die Verknüpfung der Rechte und Verbindlichkeiten mit einem, leiblich existirenden oder nur vorgestellten, Rechtssubject erfolgt regelmäßig in der Weise, daß die Rechte und Verbindlichkeiten einem individuell bestimmten Subject zugeschrieben werden. Sie kann aber auch in der Weise erfolgen, daß als Subject der Rechte und Verbindlichkeiten jede Person bezeichnet wird, welche in ein gewisses Verhältniß, z. B. Besitz oder Eigenthum einer Sache, hineintritt[1]. Diesem Falle ähnlich, aber von demselben zu unterscheiden, ist der Fall, wo an die wechselnden Personen nicht sowohl das Recht selbst, als vielmehr nur die Ausübung desselben angeknüpft ist, was ebenso auch bei der Verbindlichkeit denkbar ist. Insofern in diesem letzteren Falle für das Recht und die Verbindlichkeit nicht durch Personification ein künstliches Subject geschaffen wird, müssen sie als subjectlos bezeichnet werden[2]. Ferner ist zu unterscheiden der Fall, wo es zwar ebenfalls von einem künftigen Umstande abhängt, wer Subject des Rechts oder der Verbindlichkeit ist, derjenige aber, der einmal Rechtssubject geworden ist, es auch definitiv bleibt. In diesem Falle liegt nicht sowohl eine Unbestimmtheit des Rechtssubjects, als eine Unbestimmtheit in der anfänglichen Bezeichnung des Rechtssubjects vor[3].

---

sondern ein von ihm Gewolltes. Vgl. Bekker krit. VJSchr. XV S. 554 fg., Brinz 2. Aufl. S. 199, Böhlau Arch. f. civ. Pr. LVI. S. 351, und jetzt Zitelmann selbst Arch. f. civ. Pr. LXVI S. 429 Note 188. Gierke lehrt, daß nach deutscher Rechtsauffassung die Persönlichkeit theilbar sei, die Fähigkeit besitze, Stücke (Theile, Splitter) aus sich abzusondern; die Corporation sei die Verbindung einer Mehrheit solcher abgesonderten Stücke zur Einheit einer Gesammtpersönlichkeit, die Stiftung (Anstalt) die Verselbständigung eines einzelnen Stückes.

* Vgl. Savigny II § 103 und unten II § 291. Auch Bekker Jahrb. f. Dogm. XII S. 40 fg.

§ 50. [1] Beispiele: Grunddienstbarkeiten, Obligation aus dem Zwange.

[2] Vgl. § 57 Note 10.

[3] Vgl. § 49 Note 2.

Mehrheit der Rechtssubjecte*.

§ 51.

Die Rechte und Verbindlichkeiten können auch angeknüpft sein an eine Mehrheit von Subjecten. Es ist dieß nicht möglich bei allen Rechten, namentlich nicht bei den Familienrechten; bei denjenigen, bei welchen es möglich ist, kommt es in verschiedener Weise vor. Entweder so, daß jedes Subject die Fülle des Rechts der Verfügung und dem Genuß nach hat, als wenn kein anderes Subject neben ihm stünde; ebenso bei der Verbindlichkeit, daß jedes Subject die Fülle der Verbindlichkeit trägt, als wenn kein anderes Subject neben ihm stünde[1]. Oder so, daß jedes Subject die Fülle des Rechts zwar dem Genuß nach hat, aber nicht der Verfügung nach, so daß eine Verfügung über das Recht nur durch den gemeinsamen Willen aller Subjecte möglich ist[1a]. Oder endlich so, daß auch der Genuß des Rechtes nur den mehreren Subjecten zusammen zusteht und zwischen ihnen nach Bruchtheilen getheilt ist[2]. Von dem letzteren Falle ist zu unterscheiden der Fall, wo ein Recht oder eine Verbindlichkeit sich unter mehrere Subjecte in der Weise spaltet, daß jedes Subject ein besonderes für sich bestehendes Recht oder eine besondere für sich bestehende Verbindlichkeit hat, wie z. B. die Obligation des Erblassers unter die mehreren Erben; das Recht und die Verbindlichkeit sind hier nicht dem Genuß, sondern der Substanz nach getheilt, eine Mehrheit der Subjecte für ein und dasselbe Recht, eine und dieselbe Ver-

---

* v. Buchholtz Versuche Nr. 4 (1831). Warnkönig in Roßhirt's Zeitschr. f. Civ.- u. Crim.-R. III S. 67 fg. (1838). Wächter Arch. f. civ. Pr. XXVII S. 162 fg. 181 fg. (1844) und Württemb. Privatr. II § 75. Savigny Obl.R. I § 30 fg. Ubbelohde die Lehre von den untheilbaren Obligationen S. 3—22 (1862). Unger I § 67. Steinlechner das Wesen der iuris communio und iuris quasi communio. Erste Abtheilung: Revision der Lehre von der Theilbarkeit und Untheilbarkeit auf dem Rechtsgebiete, 1876. (Darüber Regelsberger in Grünhut's Zeitschr. III S. 695 fg. VI S. 742 fg., Eck krit. VJSchr. XIX S. 223 fg.) Rümelin die Theilung der Rechte, 1883. (Darüber Ubbelohde Gött. gel. Anzeigen 1883 S. 784 fg., v. Scheurl krit. VJSch. XXV S. 525 fg., Krasnopolski Grünhut's Zeitschr. XII S. 501 fg.) v. Scheurl Theilbarkeit als Eigenschaft von Rechten, 1884.

[1] Beispiel: Correalobligation. § 51.

[1a] Beispiel: Grunddienstbarkeit.

[2] Beispiel: Miteigenthum.

bindlichkeit, ist in der That nicht vorhanden. Von Theilung und Theilbarkeit der Rechte spricht man in dem einen und dem anderen Fall[3].

II. Der Mensch als Rechtssubject.

A. Beginn und Ende der menschlichen Persönlichkeit*.

§ 52.

Der Mensch ist fähig, Subject von Rechten und Verbindlichkeiten, Rechtssubject zu sein, er ist rechtsfähig, von dem Augenblicke seiner Existenz an. Beginnt aber die Existenz des Menschen erst mit der Geburt, oder schon mit der Erzeugung? Die Auffassung des römischen Rechts ist folgende. Das Kind im Mutterleib ist noch nicht Mensch[1]; wird es aber als rechtsfähiger Mensch geboren, so wird, was seine eigene rechtliche Lage angeht[2], seine Existenz gerechnet nicht erst von der Zeit seiner Geburt, sondern

[3] Die Schrift von Baron: die Gesammtrechtsverhältnisse im Römischen Recht (1864) beruht auf dem Gedanken, daß ein Recht einerseits ungetheilt mehreren Einzelnen, und andererseits zugleich der durch die Zusammenfassung dieser Einzelnen gebildeten neuen Persönlichkeit, ihrer Gesammtheit, zustehen könne (ebenso bei den Verbindlichkeiten). Der Verf. sucht sich in dieser Weise eine Reihe von rechtlichen Erscheinungen zu vermitteln, zu deren Erklärung es einer so unnatürlichen Annahme nicht bedarf. Gegen Baron: A. Pernice krit. VJSchr. VII S. 106—127.

* Savigny II § 61—63, Sintenis I S. 91—95. Sturm Gruchot's Beitr. XXIX S. 278 fg.

§ 52. [1] L. 9 § 1 D. ad leg. Falc. 35. 2: — „partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur". L. 1 § 1 D. de inspic. ventre 25. 4: — „partus . . antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum".

[2] In l. 7 D. de statu hom. 1. 5 heißt es: quotiens de commodis ipsius partus quaeritur". Aber vgl. l. 26 D. de statu hom. 1. 5, l. 48 § 5 D. de furt. 47. 2 (wird an einer schwangeren Sclavin ein furtum begangen, so ist das von ihr geborene Kind res furtiva). Der Gegensatz, welchen die l. 7 cit. hervorheben will, ist der, daß, wo die Existenz eines Menschen einem Anderen einen rechtlichen Vortheil bringt, diese Existenz erst von der Zeit der Geburt an gerechnet werden dürfe. Sie denkt hauptsächlich, wenn nicht allein, an die durch die Gesetzgebung der ersten Kaiserzeit an das Kinderhaben angeknüpften Belohnungen und Straffreiheiten. Hinlänglich allgemein ist der Ausdruck in l. 231 D. de V. S. 50 16: „cum de ipsius iure quaeritur". L. 26 D. de statu hom. 1. 5: „in toto paene iure civili". Vgl. Savigny II S. 4—6. 12 fg., Dernburg Pfandrecht I S. 446 fg., Göppert organische Erzeugnisse S. 172 fg.

bereits von der Zeit seiner Erzeugung[3]. Fallen daher dem Kinde im Mutterleibe Rechte an, so kann es dieselben, da es noch nicht Mensch und folglich nicht rechtsfähig ist, zwar einstweilen nicht erwerben; von der anderen Seite aber ist der Anfall nicht nichtig, wenn nur das Kind hinterher als rechtsfähiger Mensch geboren wird; die Rechte gelten dann als einem rechtsfähigen Subjecte anerfallen[4]. Bis zur Geburt des Kindes bestehen sie einstweilen als subjectlose fort, und nur in ungenauer Redeweise können sie schon jetzt als Rechte des Kindes bezeichnet werden[5].

Durch die Geburt wird nicht nothwendig eine menschliche Person und folglich ein Rechtssubject hervorgebracht. Damit es der Fall sei, ist nothwendig, daß das Geborene menschliche Bildung habe[6], lebendig[7] und keine Fehlgeburt sei[8].

---

[3] In den Quellen heißt es schlechthin, der Ungeborene werde als bereits geboren angesehen (s. die in der vorigen Note citirten Stellen) — ungenau; denn wird er nicht als rechtsfähiger Mensch geboren, so ist er auch nach rechtlicher Betrachtung nie Mensch gewesen. L. 7 pr. D. de reb. dub. 34. 5. „Utrum ita postumus partem faciat, si natus sit, an et si natus non sit, quaeritur. Ego commodius dici puto, si quidem natus non est, minime eum partem facere, sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi solido relicto". L. 129 D. de V. S. 50. 16.

[4] L. 30 § 1 D. de A. v. O. H. 29. 2, l. 7 pr. D. de reb. dub. 34. 5, l. 3 D. si pars her. 5. 4.

[5] § 2 I. de her. inst. 2. 14: „eius qui in utero est servus". Richtig drückt sich l. 3 D. si pars her. 5. 4 aus: „antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura reservarent". Rudorff (zu Puchta § 114. b) erklärt den Ungeborenen für eine juristische Person. Daraus würde folgen, daß er erwürbe, und wenn er hinterher nicht als rechtsfähiger Mensch geboren würde, das Erworbene wieder verlöre. Hierauf antwortet in der 10. Aufl. Rudorff, wenn ich ihn recht verstehe, daß der Ungeborene nicht erwerbe: aber wozu denn die juristische Persönlichkeit? S. auch Vangerow I S. 64. 65 der 7. Aufl., Köppen die Erbschaft S. 46 fg.

[6] L. 14 D. de statu hom. 1. 5, l. 3 i. f. C. de post. 6. 29, l. 12 § 1 D. de lib. 28. 2. Vgl. l. 44 pr. D. de rel. 11. 7.

[7] L. 3 i. f. C. de post. 6. 29, l. 12 pr. D. de lib. 28. 2, l. 129 D. de V. S. 50. 16. Seuff. Arch. II. 124. Wird, wenn ein todtes Kind geboren wird, Alles so angesehen, als sei die Frau nicht schwanger gewesen? Das Gegentheil führt unter Vorführung des betreffenden Quellenmaterials aus die (gut geschriebene) Abhandlung von Krieg Delation der Erbschaft im Falle einer Todtgeburt. München 1876. Dazu Tewes Grünhut's Zeitschr. IX S. 135 fg.

[8] L. 2 C. de post. 6. 29, § 1 I. de exh. lib. 2. 13, vgl. Paul. sentent. IV. 9 § 1. 6. Fehlgeburt: abortus. Die Fehlgeburt kann auch lebendig sein;

§ 53.

Die menschliche Persönlichkeit endet mit dem Tode; der Gestorbene ist nicht mehr rechtsfähig, wie der Ungeborene es noch nicht ist.

Entsteht Streit darüber, ob ein Mensch noch lebe oder nicht, so muß den Tod beweisen, wer sich auf den Tod, das Leben, wer sich auf das Leben beruft. Verschollene gelten aber nach heutigem gemeinem Gewohnheitsrecht als gestorben, sobald seit ihrer Geburt 70 Jahre verflossen sind; der größeren Sicherheit wegen wird jedoch eine Edictalcitation erlassen, und daß sie keinen Erfolg gehabt habe, durch eine Erklärung des Gerichtes ausgesprochen (s. g. Todeserklärung)[1]. Von der andern Seite gilt auch der

---

das lebendig Geborene ist Fehlgeburt dann, wenn es nicht so lange im Mutterleibe gewesen ist, daß es sein Leben außerhalb des Mutterleibes fortsetzen kann. Dagegen schließt eine auf anderen Gründen beruhende Lebensunfähigkeit die Rechtsfähigkeit nicht aus. Das Letztere ist heutzutage unbestritten; nicht, daß Lebensfähigkeit in jenem ersten Sinn Voraussetzung der Rechtsfähigkeit allerdings sei. Savigny III Beil. III, Vangerow I § 32 Anm. Für die richtige Meinung namentlich Wächter Comm. de partu vivo non vitali pars I—V (Lipsiae 1863—1866). Einen Bericht über den Inhalt dieser akademischen Programme gibt Fitting Arch. f. civ. Pr. L S. 1 fg. S. auch Wächter Pand. I § 40.

§ 53. [1] Vgl. über diese Lehre vor Allem die treffliche und erschöpfende Abhandlung von Bruns Jahrb. des gem. R. I S. 90 fg. (1857), aus der älteren Literatur außer den bei Bruns Citirten noch: Tschierpe über die Vormundschaft für Abwesende und deren Vermögen (1831), herausg. von Trotsche (1866). Stobbe I § 38, Roth I S. 340—372, Böhlau Mecklenb. Landrecht II S. 326 fg. Das römische Recht half, abgesehen von einigen besonderen Bestimmungen, durch die Erwägung der Wahrscheinlichkeit im einzelnen Fall. Bruns a. a. O. S. 92—122. Daß das vollendete 70. Lebensjahr das entscheidende sei, hat sich erst im 18. Jahrhundert festgestellt, auf Grund von Psalm 90 V. 10. Bruns S. 174 fg. Auch der Zeitpunkt des Todes wird durch das vollendete 70. Jahr bestimmt; die s. g. Todeserklärung hat nur declaratorische Wirkung. Bruns S. 176—186. 198—201, Vangerow I § 33 Anm. 1, Stobbe Nr. 4, Roth S. 363. Seuff. Arch. XXV. 5. Darüber, wie es zu halten sei, wenn der Verschollene zur Zeit des Verschwindens das 70. Jahr bereits zurückgelegt hatte, hat sich bei der Seltenheit des Falles eine feste Meinung weder in Theorie noch Praxis bilden können; ein Urtheil der Leipziger Juristen-Facultät von 1784 geht auf das (in der früheren Zeit vielfach als überhaupt entscheidend festgehaltene) 100. Jahr zurück. Bruns S. 186. 187. 201, Stobbe Note 38. — Es können aber auch schon vor dem Ablauf des bezeichneten Termins die nächsten Erben des Verschollenen Aus-

Verschollene, was anfallende Erbschaften und Vermächtnisse angeht, bis zu dem bezeichneten Zeitpunkt als lebend, so daß sein Leben nicht weiter bewiesen zu werden braucht[2].

[3] Wie den Tod eines Menschen beweisen muß, wer sich auf denselben beruft, so den Zeitpunkt des Todes, wer sich darauf beruft, daß Jemand zu einem bestimmten Zeitpunkt gestorben sei. Dieß gilt namentlich für den Fall, wo Rechte darauf gegründet werden, daß von zwei Menschen einer den anderen überlebt habe, einer zu Lebzeiten des anderen gestorben sei. Ist es nicht möglich, den Beweis dieser Thatsache zu erbringen, so können die betreffenden Rechte nicht in Anspruch genommen werden[4]. Nur wenn Aeltern und Kinder zusammen umgekommen sind, hilft das römische Recht durch die Präsumtion, daß die geschlechtsreifen Kinder die Aeltern

---

lieferung seines Vermögens zu vormundschaftlicher Verwaltung gegen Caution begehren. S. II § 447 a. E.

[2] Bruns S. 123. 124. 140—142. 168—172. 193—196. Bruns S. 195. „Daß eine ganz absolute und allgemeine Präsumtion für die Fortdauer des Lebens grundlos und unzweckmäßig ist, soll nicht geleugnet werden. Damit ist aber die besondere Begründung und Zulassung derselben bei den activen und passiven Erbverhältnissen des Verschollenen ganz wohl vereinbar". Doch ist auch die entgegengesetzte Ansicht (also: der Sinn der Präsumtion sei nur, nach dem 70. Jahre lebe der Verschollene nicht mehr, nicht auch, bis dahin lebe er) namentlich durch die Ausführung von Cropp (Heise und Cropp jur. Abhandl. II 4. 5 [1830]), welche „aber durch Vernachlässigung der historischen Entwickelung der vorigen Jahrhunderte entschieden auf einseitigen Grundlagen beruht" (Bruns S. 193), in Theorie und Praxis zu mannichfacher Anerkennung gelangt Bruns S. 195; Blätter f. RAnwendung zunächst in Bayern XXVI Nr. 2—4 (1861), Köppen Erbrecht S. 444 fg., Unger österr. Erbr. § 36 Anm. 6, Northoff Arch f. prakt. RW. N. F. II S. 1 fg., Stobbe Note 22. 23, Roth Note 149 fg. Seuff Arch. l. 160, III. 185, VII. 356, IX. 49. 254, XII. 1, XIV. 149, XV. 200, XXXI. 307, XXXIII. 190, XXXV. 177. An der Lebenspräsumtion halten fest die Erkenntnisse bei Seuff. Arch. III. 298, V. 31, IX. 310, XXII. 8, XXXII. 328, vgl. auch 327. Ich halte das Argument, welches die Vertheidiger der Lebenspräsumtion aus der successio ex nunc ziehen, für nicht widerlegt.

[3] Vgl. zum Folgenden: Mühlenbruch Arch. f. civ. Pr. IV S. 391 fg. (1821). Gaedke de iure commorientium (1830).

[4] L. 16—18 l. 9 § 3 D. de reb. dub. 34. 5, l. 8 eod., l. 32 § 14 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 26 D. de mort. c. don. 39. 6, l. 35 [34] D. ad SC. Treb. 36. 1 (eine andere Auffassung in Betreff des in dieser letzteren Stelle behandelten Falles in l. 9 pr. D. de reb. dub. 34. 5, l. 34 pr. l. 42 pr. D. de vulg. 28. 6).

überlebt haben, die nicht geschlechtsreifen vor ihnen gestorben seien[5]. Abgesehen von diesem Falle nimmt das römische Recht für zusammen Umgekommene Gleichzeitigkeit des Todes an[6].

III. Rechtlich in Betracht kommende Verschiedenheit der Menschen.

Geschlecht, Alter, Gesundheit.

§ 54.

Die Verschiedenheit des Geschlechts begründet regelmäßig eine Verschiedenheit der privatrechtlichen Beurtheilung nicht[1]. Doch sind Weiber auf der einen Seite zu bestimmten Rechtsverhältnissen unfähig, wie z. B. zur Vormundschaft, auf der andern Seite werden sie in einigen Fällen milder beurtheilt, als die Männer, wie z. B. bei dem Eintreten in eine fremde Schuld[2]. Ein Zwittergeschlecht erkennt das römische Reche nicht an[2a].

---

[5] L. 9 § 1. 4 l. 22. 23 D. de reb. dub. 34. 5, l. 26 pr. D. de pact. dot. 23. 4. Blätter f. RAnwend. zunächst in Bayern XXXVII S. 302 fg. Die Präsumtion gilt aber nicht unbedingt: l. 18 [17] § 7 D. ad SC. Treb. 36. 1 (l. 9 § 2 D. de reb. dub. 34. 5). Mühlenbruch a. a. O. will sie auch bei anderen Personen anwenden. Diese Ansicht ist zu verwerfen, da kein sicherer Anhaltspunkt für eine analogische Ausdehnung gegeben ist. Aus demselben Grunde darf auch das Erforderniß des zusammen, d. h. durch dieselbe Thatsache, Umgekommenseins nicht nachgelassen werden. A. M. sind in dieser letzteren Beziehung (namentlich auch mit Berufung auf l. 11 pr. D. de B. P. s. t. 37. 11, welche Stelle aber von unserer Präsumtion nicht spricht) Mühlenbruch a. a. O. S. 397–399, Kierulff S. 92, Böcking I § 32 Note 11, Arndts § 27 Anm. 1. Dawider Savigny II S. 22, Vangerow I § 33 Anm. 2 und das Urtheil bei Seuff. Arch. II. 125.

[6] S. die in den beiden vorigen Noten citirten Stellen, und vgl. II § 429 Note 2 Num. 3. Savigny II S. 20.

§ 54. [1] Daher l. 195 pr. D. de V. S. 50. 16. „Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur". L. 1 eod. „Verbum hoc *si quis* tam masculos quam feminas complectitur". Vgl. l. 52 eod. Daß nicht auch umgekehrt, wenn in gesetzlichen Bestimmungen vom weiblichen Geschlecht die Rede ist, die Bestimmung auf das männliche Geschlecht erstreckt werden darf, ist deßwegen nicht weniger sicher, weil l. 45 pr. D. de leg. II° 31 von gesetzlichen Bestimmungen nicht spricht.

[2] Ein allgemeines Princip versucht aufzustellen l. 2 pr. D. de R. I. 50. 17; vgl. l. 9 D. de statu hom. 1. 5. — Das ältere römische Recht beschränkte die Frauen auch in der Handlungsfähigkeit (Ulp. XI. 27. Gai. I. 189—193),

Größere Bedeutung für die privatrechtliche Beurtheilung hat die Verschiedenheit des Alters. Namentlich kommt in Betracht das jugendliche Alter[2b], weniger das Greisenalter[3], jenes hauptsächlich als Grund der Beschränkung der Handlungsfähigkeit (§ 71). In dem jugendlichen Alter wird unterschieden: 1) die Zeit der Kindheit[4], d. h. bis zum vollendeten 7. Jahre[5]; 2) die Zeit der Geschlechtsunreife[6], welche nach der Annahme des römischen Rechts beim männlichen Geschlecht mit dem vollendeten 14., beim weiblichen mit dem vollendeten 12. Jahre aufhört[7]; 3) die Zeit der Minderjährigkeit[8], d. h. die Zeit bis zum vollendeten 21. Jahre[9]. Minderjährige können nach zurückgelegtem 20. bez. 18. Jahre durch den Regenten für volljährig

---

ebenso das ältere deutsche Recht. Von Letzterem hat sich in Deutschland particularrechtlich noch Einiges erhalten. Kraut Vormundschaft II S. 291 fg., Stobbe I § 39. Für das neuere Reichsrecht: Mandry § 2.

[2a] L. 10 D. de statu hom. 1. 5.

[2b] Für das neuere Reichsrecht vgl. Mandry § 1.

[3] Thibaut über die Senectus, Arch. f. civ. Pr. VIII S. 74 fg. (1825).

[4] Infantia; infans, is qui fari non potest. Vgl. hierüber und über das Folgende Savigny III § 107—111.

[5] L. 18 pr. C. de iure del. 6. 30, l. 1 § 2 D. de adm. et per. 26. 7.

[6] Impubertas—pubertas, impubes—pubes. Der impubes heißt insofern er unter Vormundschaft steht pupillus (Mündel). Auch die Ausdrücke prima, secunda aetas kommen vor, z. B. l. 30 C. de ep. aud. 1. 4. In der deutschen Rechtssprache wird die pubertas gewöhnlich als Mündigkeit bezeichnet; mit Unrecht, denn es ist dieß „weder mit der Sprache des gemeinen Lebens, noch mit der Terminologie unserer älteren Gesetze übereinstimmend". Kraut Vormundsch. I S. 155.

[7] Pr. I. quib. mod. tut. 1. 22, l. 3 C. quando tut. 5. 60. Das zurückgelegte 18. Jahr wird plena pubertas genannt in § 4 I. de adopt. 1. 11, l. 40 § 1 D. eod. 1. 7; vgl. l. 14 § 1 D. de alim. leg. 34. 1. Der Ausdruck proximus pubertati geht, wie der entsprechende proximus infantiae, auf eine bestimmte Altersstufe nicht.

[8] Minor—maior aetas; minores XXV annis—maiores XXV annis, aber auch, und zwar gewöhnlich, schlechthin minores—maiores. Die maior aetas heißt auch legitima aetas, z. B. in l. 5 C. quando dies 6. 53, weil die Festsetzung dieser Altersgrenze auf einer lex (Plaetoria) beruht. Im Deutschen wird der Gegensatz zur Minderjährigkeit durch die Ausdrücke: Großjährigkeit, Volljährigkeit bezeichnet.

[9] Reichsgesetz vom 17. Februar 1875. Nach römischem Recht dauert die Minderjährigkeit bis zum vollendeten 25. Jahre. L. 1 D. de min. 4. 4.

erklärt werden, ohne jedoch dadurch in allen Beziehungen den Volljährigen gleichgestellt zu werden[10].

Was den Zustand den Gesundheit angeht, so ist von rechtlicher Bedeutung namentlich die Störung der geistigen Gesundheit, die Geisteskrankheit (Wahnsinn), hauptsächlich als Grund der Ausschließung der Handlungsfähigkeit. Die verschiedenen Formen der Geisteskrankheit[11] begründen eine Verschiedenheit der rechtlichen Behandlung nicht[12]. Dagegen ist von der Geisteskrankheit die bloße Unentwickeltheit der geistigen Kräfte, die Geistesschwachheit, zu unterscheiden[13].

Religiöses Bekenntniß; Staatsangehörigkeit; Hausunterthänigkeit.

§ 55.

Was die Verschiedenheit des religiösen Bekenntnisses angeht, so sind die Nachtheile, welche das römische Recht und übereinstimmend mit demselben die Gesetzgebung der deutschen Kaiser über Ketzer und Apostaten auch in Betreff ihrer bürgerlichen Rechtsstellung verhängte[1], durch den westphälischen Frieden, die Bundesacte, und zuletzt durch das Reichsgesetz vom 3. Juli 1869 beseitigt worden[2]. Ebenso sind durch das letztgenannte Gesetz be-

[10] Der lateinische Ausdruck für Volljährigkeitserklärung ist venia aetatis L. 2. 3 C. de his qui veniam 2. 44 [45] Kraut Vormundschaft II S. 168—171. Stobbe § 40 Nr. III. Vgl. II § 442 Note 6. Seuff. Arch. XXXVIII. 96.

[11] In den Quellen werden unterschieden der furiosus und der mente captus oder demens, l. 25 C. de nupt. 5. 4, l. 8 § 1 D. de tut. dat. 26. 5, l. 6 D. de cur. fur. 27. 10, l. 28 C. de episc. aud. 1. 4, l. 28 § 1 C. de admin. 5. 37.

[12] Für einen einzelnen Fall ausdrücklich anerkannt in l. 25 C. de nupt. 5. 4. Deßwegen werden wohl auch die verschiedenen Ausdrücke als gleichbedeutend gebraucht, z. B. l. 7 § 1 D. de cur. fur. 27. 10, l. 2 C. eod. 5. 70. Der den Quellen geläufigste Ausdruck ist der Ausdruck furiosus.

[13] Fatuus. L. 2 D. de post. 3. 1, l. 21 D. de reb. auct. iud. 42. 5. In § 4 I. de cur. 1. 23 wird derjenige, welcher in diesen Stellen fatuus heißt, mente captus genannt. Cic. Tusc. III. 5 bezeichnet den Zustand desselben als insania. Seuff. Arch. XL. 5.

§ 55. [1] Cod. 1. 5 de haereticis et Manichaeis. 1. 7 de apostatis. 1. 11 de paganis (sacrificiis et templis). Auth. *Credentes* Frid. II. C. de haeret. 1. 5.

[2] Der Westphälische Frieden (I. P. O. art. V. § 35) und die deutsche Bundesakte (Art. 16) haben nur den Bekennern der drei christlichen Religions-

seitigt worden die Beschränkungen, welchen die Juden nach der Gesetzgebung des früheren deutschen Reichs in Betreff ihrer bürgerlichen Rechtsstellung bis dahin noch unterlagen[3]. Die Ungültigkeit der Ehe zwischen Juden und Christen, welche das römische Recht ausspricht[3a], und das frühere gemeine Recht festgehalten hat[4], ist durch das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 39 aufgehoben worden[4a].

Die Beschränkung der Rechtsfähigkeit der Fremden, welche sich im früheren römischen Rechte findet, hat bereits im Justinianischen fast alle Bedeutung verloren[5]. Das heutige gemeine Recht kennt eine ungünstigere Behandlung Fremder für das Privatrecht nur in ganz vereinzelten Anwendungen[6].

---

parteien den Genuß aller bürgerlichen Rechte gewährleistet. Die Anwendung der römischen Bestimmungen auf die anderen religiösen Bekenntnisse konnte auch schon vor dem im Text genannten Reichsgesetz als durch die Praxis beseitigt angesehen werden. Dieses Gesetz bestimmt: „Alle noch bestehenden, aus der Verschiedenheit des religiösen Bekenntnisses hergeleiteten Beschränkungen der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte werden hierdurch aufgehoben". Vgl. Mandry § 6.

[3] R. A. 1551 § 79 (Verschreibungen von Christen zu Gunsten von Juden sind nichtig ohne gerichtliche Aufnahme). R. A. 1551 § 78—80, R. P. O. 1577 Tit. 20 § 4 (Verbot der Cession der einem Juden gegen einen Christen zustehenden Forderung an einen Christen). R. P. O. 1577 Tit. 20 § 3 (Beschränkung der Beweiskraft der jüdischen Handelsbücher). Vgl. Stobbe I § 46 Nr. VI. VIII. IX und unten II § 312 Note 6, II § 335 Note 21. Vgl. auch I § 232 Note 11 a. E.

[3a] L. 6. C. de Iud. 1. 9.

[4] Schulte Kirchenr. § 300, Richter-Dove Kirchenr. § 279, Friedberg Kirchenr. § 50. I.

[4a] Anwendbarkeit des jüdischen Rechts auf Rechtsverhältnisse der Juden. Stobbe I § 46 Nr. II, Roth I § 69 Note 10—12, Mandry S. 73, Seuff. Arch. XXIV. 3 und Citate das.

[5] Die römischen peregrini, welche Rechtsfähigkeit nur nach ius gentium, nicht nach ius civile hatten, gehörten einem fremden Volke, aber nicht nothwendigerweise einem fremden Staate an. Dem Justinianischen Rechte erscheint es als die entschiedene Regel, daß die Angehörigen des römischen Staates auch Angehörige des römischen Volkes seien, und der römische Staat reichte so weit wie die civilisirte Welt.

[6] Bar das internationale Privat- und Strafrecht S. 64 fg. Stobbe I § 42. 43. — Das Institut des Abschosses und das Fremdlingsrecht sind nicht gemeinrechtlich, und wenig praktisch. S. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Mittermeier I § 111, Beseler § 65 Nr. III, Stobbe

Die weit gehende Beschränkung der Rechtsfähigkeit, welcher die Hauskinder nach dem älteren römischen Rechte unterlagen, ist bereits im Justinianischen bis zur Unkenntlichkeit zusammengeschrumpft[7.8]

Dagegen gilt noch im heutigen gemeinen Recht der auf dem römischen und canonischen Recht beruhende Satz, daß Klosterpersonen vermögensunfähig sind; was sie haben und erwerben, fällt an das Kloster[9].

I § 43 Nr. III. 3. 4. — Verfassung des deutschen Reiches Art. 3. Reichsgesetz 11/6 70 § 61. 62, 30/11 74 § 20, 9/1 76 § 21. KO. § 4. Vgl. CPO. § 102. 106. 661. Mandry § 4.

[7] Hauskinder konnten nichts Eigenes haben; was sie erwarben, erwarben sie nicht für sich, sondern für ihren Gewalthaber. Im Justinianischen Rechte ist davon übrig geblieben, daß sie nicht für sich erwerben, was aus dem Vermögen des Gewalthabers an sie gelangt; nun ist nicht mehr ihre Rechtsfähigkeit beschränkt, sondern in einer einzelnen Beziehung ihre Erwerbfähigkeit. Außerdem ist ihre Dispositionsfähigkeit insofern beschränkt, als sie über gewisse Erwerbe kein Testament machen können. Ueber die Ansicht derer, welche auch für das ältere Recht eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit der Hauskinder nicht zugeben wollen, s. Böcking I § 45, v. Scheurl Beiträge I S. 234, Arndts § 28 Anm. 4.

[8] Nach römischer Rechtsanschauung wurde durch den Verlust der Civität, des Hauses (der familia), und drittens der Freiheit eine juristische Umgestaltung der Persönlichkeit hervorgebracht. Dieselbe heißt capitis diminutio, und hatte selbständige (von dem Inhalt der Thatsachen, durch welche sie hervorgebracht wurde, unabhängige) Wirkungen. Für uns hat die Lehre von der capitis diminutio keine Bedeutung mehr; denn der Verlust der Freiheit ist bei uns nicht mehr möglich, Verlust der Staatsangehörigkeit privatrechtlich von verschwindender Bedeutung, was aber die durch den Verlust des Hauses begründete capitis diminutio angeht, so sind, wenn man auch darüber hinwegsehen will, daß wir heutzutage etwas der römischen familia Entsprechendes nicht haben, die Wirkungen derselben theils schon im Justinianischen, jedenfalls aber im heutigen Rechte beseitigt. (Der Verlust der Agnation ist nicht Wirkung der c. d., sondern das sie Begründende. Ueber den Untergang der Schulden s. § 116 Note 2.) Vgl. über die c. d.: Savigny II § 68—75 u. Beilage VI, Puchta Instit. II § 220, Vangerow I § 34, Böcking I § 58, v. Scheurl Beiträge I. 9, M. Cohn Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts I. 2 S. 41—108 (1880) — In früherer Zeit unterschied man: 1) status civiles a) libertatis b) civitatis c) familiae; 2) status naturales (sexus, aetatis etc.). Das Verwirrendste dabei war, daß man die römische familia mit der heutigen Familie identificirte.

[9] Nov. 5 c. 5, c. 2. 6 X. de statu monach. 3. 35. Conc. Trid. Sess. XXV

Die bürgerliche Ehre*.

§ 56.

Das römische Recht kennt eine doppelte Art der Ehrenminderung.

1. Ehrenminderung kraft der öffentlichen Meinung. Dieselbe hat Einfluß auch auf die privatrechtliche Behandlung des Menschen; jedoch ist dieser Einfluß nicht von umfassender Art[1].

2. Ehrenminderung kraft Rechtssatzes, unter dem technischen Namen infamia[2]. Ihre Quelle ist das prätorische Edict, an welches sich ergänzende kaiserliche Verordnungen angeschlossen haben[3]. Auch von dem canonischen Recht und der Reichsgesetz-

---

de regul. c. 2. Vgl. Roth I § 70 Nr. 5. Hellmann das gemeine Erbrecht der Religiosen (München 1874) S. 11 fg.

* Glück V S. 129—217. Marezoll über die bürgerliche Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung (1824). Savigny II § 76—83 u. Beilage VII.

[1] Die hauptsächlichste hierher gehörige Bestimmung ist, daß für Geschwister durch Vorziehung einer bescholtenen Person ein Recht zur Anfechtung des Testaments wegen Verletzung des Pflichttheils begründet wird. Außerdem kommt die Bescholtenheit namentlich auch da in Betracht, wo der Richter überhaupt auf eine freie Würdigung der Person angewiesen ist, z. B. bei der Bestellung eines Vormundes. § 56.

[2] Die nicht auf Rechtssatz beruhende Ehrenminderung hat keinen technischen Namen: sie wird ignominia, turpitudo, nota genannt. Die Neueren nennen sie infamia facti, und stellen ihr die auf Rechtssatz beruhende als infamia iuris entgegen.

[3] L. 5 § 2 D. de extraord. cogn. 50. 13. „Minuitur existimatio, quotiens manente libertate circa statum dignitatis poena plectimur, sicuti cum relegatur quis, vel cum ordine movetur, vel cum probibetur honoribus publicis fungi, vel cum plebeius fustibus caeditur vel in opus publicum datur, vel cum in eam causam quis incidit, quae edicto perpetuo infamiae causa enumeratur". Das prätorische Edict in l. 1 D. de his qui notantur infamia 3. 2. Vollständige Aufzählung der Gründe der Infamie bei Savigny § 77, Puchta § 120, Arndts § 31 Anm. 1, Vangerow I § 47 Anm., Rudorff Zeitschr. f. RGesch. IV S. 45—61. Vgl. Karlowa zur Geschichte der Infamie, Zeitschr. f. RGesch. IX S. 204—241, Lenel Zeitschr. der Savignystiftung II S. 54 fg. und Edictum perpetuum S. 62 fg. Die Neueren unterscheiden infamia immediata, d. h. die unmittelbar in Folge einer gewissen Thatsache oder Lebensweise, und infamia mediata, d. h. die erst in Folge einer richterlichen Verurtheilung eintretende Infamie.

gebung wird sie noch anerkannt[4]. Wenn aber nach ihrer heutigen Anwendbarkeit gefragt wird, so ist vor allen Dingen festzuhalten, daß jede juristische Ehrenminderung ihre hauptsächliche Bedeutung in dem Einflusse auf die öffentliche Meinung hat, welchen der unmittelbare Ausspruch des Gesetzes über den moralischen Werth oder Unwerth eines Menschen bei regelmäßigen Verhältnissen auszuüben nie unterlassen wird. Diese Bedeutung kann der römischen Infamie heutzutage schon deßwegen nicht zukommen, weil die sie verhängenden Bestimmungen nur wenigen Gelehrten bekannt sind, nicht aber dem Volke. Der Sinn der Frage nach der heutigen Anwendbarkeit der römischen Infamie kann also nicht der sein, ob auch heutzutage noch für ehrlos zu erachten sei, wer durch jene Bestimmungen für ehrlos erklärt wird, sondern nur der, ob der durch diese Bestimmungen für ehrlos Erklärte noch fortwährend den mit dieser Ehrloserklärung in Verbindung gebrachten Nachtheilen unterliege. Diese Frage aber ist für das, hier allein in Betracht kommende, Privatrecht müßig, da sich unter jenen Nachtheilen privatrechtliche bereits nach Justinianischem Rechte nicht mehr befinden[5]. Die Nachtheile, welche das

[4] c. 2 C. 6 qu. 1. „Omnes vero infames esse dicimus, quos leges saeculi infames appellant". Die R. O. von 1512 Tit. 1 § 2 schließt vom Notariat aus die „ehrloß infames genannt". Andere Reichsgesetze führen die Ehrlosigkeit als Strafe gewisser Vergehen neu ein, so P. G. O. Art. 107. 122, R. A. 1551 § 80, R. S. 1668. 1670. 1731 (Sammlung der Reichsabschiede IV S. 56. 72. 379), vgl. auch Auth. Frid. I. *Habita* C. ne filius pro patre 4, 13 und Auth. Frid. II. *Agricultores* C. quae res pignori 8. 16 [17].

[5] Die an die infamia im Justinianischen Rechte angeknüpften Nachtheile sind folgende. a) Der infamis wird zum postulare pro aliis nur in beschränktem Maße zugelassen, l. 1 § 7. 8 D. de post. 3. 1, bestätigt durch das canonische Recht: c. 2 C. 3 qu. 7. Nach späterem römischen Recht bildet das postulare pro aliis den Inhalt eines Amtes, des Amtes des Advocaten. b) In gleicher Weise ist der infamis unfähig zur Proceßprocuratur. Auf diese Unfähigkeit konnte sich früher auch der Gegner berufen; Justinian hat das aufgehoben (§ 11 I. de exc. 4. 13), und wenn das canonische Recht jene Unfähigkeit wiederholt ausgesprochen hat (c. 2 C. 3 qu. 7), so ist kein Grund vorhanden, anzunehmen, daß es in dieser Beziehung das römische Recht habe reformiren wollen, so daß sich auch aus ihm nur ein Remotionsrecht des Richters herleiten läßt. c) Ausschluß von dignitates und honores, welcher jedoch nicht bloß für infames, sondern für übelbeleumdete Personen überhaupt gilt, l. un C. de infam. 10. 59 [57], l. 8 C. de decur. 10. 32 [31], l. 2 C. de dignit. 12. 1. Die N. O. Tit. 1 § 2 hat hinzugefügt, daß einem infamis

deutsche Recht an die Ehrlosigkeit anknüpft, beziehen sich auf einen Begriff der Ehrlosigkeit, für welchen die römische Lehre von der Infamie, wenn sie auch auf seine Entwickelung mit eingewirkt hat, nicht mehr maßgebend ist[6]. —

Ein neuer gemeinrechtlicher Begriff juristischer Ehrenminderung ist gegenwärtig geschaffen durch die Bestimmungen des deutschen Strafgesetzbuchs über die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte[7].

---

das Notariat nicht übertragen werden soll. Ueber die behauptete Unfähigkeit der infames zum Zeugniß s. Savigny II S. 222. — Hiernach reducirt sich die Frage, ob die Nachtheile der infamia heutzutage fortdauern, auf die Fragen: ob die infamia Grund des Ausschlusses von einem öffentlichen Amte (mit Einschluß der Advokatur, der Procuratur so weit dieselbe Amt ist, und des Notariats) ist, und ob, soweit Beistandschaft und Stellvertretung im Proceß ohne Amt zulässig sind, der Richter befugt ist, den infamis von diesen Thätigkeiten auf eigene Hand zu removiren. Beides sind nicht privatrechtliche Fragen. Sollen sie übrigens beantwortet werden, so ist in Betreff der letzteren zu sagen, daß dem Richter das Recht der freien Cognition über die Zulassung von Personen, welche nicht in eigenem Namen vor ihm auftreten, nicht bestritten werden darf (CPO. § 143 Abs. 2), in Betreff der ersteren, daß darüber das öffentliche Recht des betreffenden Staates bez. die Reichsgesetze (s. Note 7, Reichsanwaltordnung 1/7 78 § 5) entscheiden.

[6] Ueber die verschiedenen Ansichten in Betreff der heutigen Anwendbarkeit der römischen Infamie vgl. Marezoll a. a. O. S. 343 fg. Savigny II § 83, Puchta § 120, Sintenis I S. 99, Arndts § 33, Böcking Grundr. I § 24. 32, Seuffert § 49 Anm. 3, Kierulff S. 101 fg., Vangerow I § 52 Anm., Wächter I § 45; die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Eichhorn § 87, Mittermaier I § 101, Gerber § 39, Beseler § 61, Stobbe I § 48; Roth I § 68; Mandry S. 111.

[7] § 32. „Neben der Todesstrafe und der Zuchthausstrafe kann auf den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden, neben der Gefängnißstrafe nur, wenn die Dauer der erkannten Strafe drei Monate erreicht und entweder das Gesetz den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte ausdrücklich zuläßt oder die Gefängnißstrafe wegen Annahme mildernder Umstände an Stelle von Zuchthausstrafe ausgesprochen wird.

Die Dauer dieses Verlustes beträgt bei zeitiger Zuchthausstrafe mindestens zwei und höchstens zehn Jahre, bei Gefängnißstrafe mindestens ein Jahr und höchstens fünf Jahre".

§ 33. „Die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte bewirkt den dauernden Verlust der aus öffentlichen Wahlen für den Verurtheilten hervorgegangenen Rechte, ingleichen den dauernden Verlust der öffentlichen Aemter, Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen".

§ 34. „Die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte bewirkt ferner die Unfähigkeit, während der im Urtheil bestimmten Zeit

Verwandtschaft und Schwägerschaft*.

§ 56a.

Ein Verhältniß der Person, welches im Rechte mannigfach in Betracht kommt, ist die Verwandtschaft[1]. Verwandt ist Jemand mit denjenigen Personen, mit welchen er durch die Gemeinschaft des Blutes verbunden ist[2]; im Einzelnen: mit denjenigen, von welchen er abstammt, mit denjenigen, welche von ihm abstammen, endlich mit denjenigen, mit welchen er von derselben dritten Person abstammt. Diejenigen, von welchen er abstammt, sind seine Ascendenten, diejenigen, welche von ihm abstammen, seine Descendenten (Abkömmlinge), diejenigen, mit welchen er von derselben dritten Person abstammt, seine Seitenverwandten. Die Verwandtschaft der Ascendenten und der Descendenten bildet die Verwandtschaft in der geraden Linie[3]. Die Nähe der Verwandt-

---

1) die Landeskokarde zu tragen;
2) in das Deutsche Heer oder in die Kaiserliche Marine einzutreten;
3) öffentliche Aemter, Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen zu erlangen;
4) in öffentlichen Angelegenheiten zu stimmen, zu wählen, oder gewählt zu werden oder andere politische Rechte auszuüben;
5) Zeuge bei Aufnahme von Urkunden zu sein;
6) Vormund, Nebenvormund, Kurator, gerichtlicher Beistand oder Mitglied eines Familienraths zu sein, es sei denn, daß es sich um Verwandte absteigender Linie handele und die obervormundschaftliche oder der Familenrath die Genehmigung ertheile".

Der Begriff der „öffentlichen Aemter" umfaßt nach § 31 auch die Advocatur, die Anwaltschaft, das Notariat, sowie den Geschwornen- und Schöffendienst.

Nach diesem letzteren § tritt übrigens die dauernde Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter, sowie zum Dienste in dem Deutschen Heere und der Kaiserlichen Marine in Folge einer Verurtheilung zur Zuchthausstrafe von Rechtswegen, d. h. auch ohne Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte, ein. — Vgl. Mandry S. 93 fg.

* Glück XXIII S. 153 fg., Böcking I § 49—56, Brinz § 11—14 (2. Aufl. § 36—41), Sintenis III § 138.

§ 56a. [1] Cognatio, näher cognatio naturalis, im Gegensatz der cognatio civilis oder legitima, von welcher letzteren unten in diesem § die Rede sein wird.

[2] Vgl. l. 1 § 1 D. unde cogn. 38. 8.

[3] Die deutschen Ausdrücke geben unmittelbar wieder die quellenmäßigen lateinischen: ascendentes, descendentes, cognati qui a latere veniunt, cognatio in linea recta, cognatio quae ex transverso, a latere numeratur,

schaft bestimmt sich nach Graden, d. h. durch die Anzahl der Zeugungen oder Geburten, welche zwischen den beiden betreffenden Personen liegen[4]. Die Verwandtschaft kann auch eine mehrfache sein, d. h. zwei Personen können in mehrfacher Weise durch Zeugung oder Geburt unter einander oder jede mit einer dritten Person verbunden sein[5]. Die Seitenverwandtschaft ist eine vollbürtige oder halbbürtige, je nachdem das Verbindende ein Paar, oder nur Mann bez. Frau ist[6]. — Eine Verwandtschaft kann auch in künstlicher Weise hervorgebracht werden, durch Annahme an Kindesstatt (Adoption); das Nähere hierüber in der Lehre von der Adoption[7].

Außer der hier dargestellten Verwandtschaft kennt das römische Recht noch eine ganz andere, unter dem Namen der Agnation.

---

pr. I. de grad. cogn. 3. 6, l. 10 § 9 D. de grad. 38. 10, l. 68 D. de R. N. 23. 2. Andere Bezeichnungen für die Ascendenten und Descendenten sind „parentes" und „liberi", vgl. l. 1 pr. D. de grad. 38. 10, l. 51. 220 pr. D. de V. S. 50. 16, l. 4 § 2 D. de in ius voc. 2. 4.

[4] L. 10 § 9 10 D. de grad. 38. 10. — Das canonische Recht hat ein anderes Princip der Zählung; es zählt nach Generationen. Zu einem abweichenden Resultate führt dieses Princip bloß bei der Seitenverwandtschaft; hier zählt das canonische Recht nur die eine Seite.

[5] Das Kind von Geschwisterkindern ist mit den Urgroßeltern durch die väterliche wie durch die mütterliche Linie verwandt; Kinder von zwei Brüdern, welche zwei Schwestern geheirathet haben, sind mit einander sowohl von der väterlichen als von der mütterlichen Seite verwandt. Ganz besondere Fälle der mehrfachen Verwandtschaft in l. 10 § 14 D. de grad. 38. 10. Vgl. über die mehrfache Verwandtschaft Hugo civil. Magazin IV. 7. 16 (1812. 1813).

[6] Fratres, sorores ex utroque parente, ex uno parente coniuncti. Die Ausdrücke consanguinei und uterini bezeichnen Geschwister, welche den Vater bez. die Mutter gemein haben, ohne daß damit gleichzeitige Gemeinschaft der Mutter bez. des Vaters geleugnet würde. Germani sind leibliche Geschwister, gleichgültig ob sie durch Vater und Mutter, oder nur durch eine dieser Personen verbunden sind. Ueber „das Verhältniß der Vollbürtigkeit zu der mehrfachen Verwandtschaft" s. den Aufsatz von Fritz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV. 2 (1841).

[7] S. II § 524. Den adoptirten Kindern gegenüber heißen die leiblichen liberi naturales. — Als Ehehinderniß kam auch das durch die Taufpathenschaft begründete Verhältniß (s. g. cognatio spiritualis) in Betracht, schon nach römischem Recht (l. 26 i. f. C. de nupt. 5. 4), in noch umfassenderem Maße nach canonischem. Aufgehoben durch Reichsgesetz 6/2 75 §. 39.

Dieselbe beruht nicht auf der Gemeinschaft des Blutes, sondern auf der Gemeinschaft des Hauses (der familia), näher der väterlichen Gewalt. Agnaten sind diejenigen, welche unter der väterlichen Gewalt derselben Person stehen, oder stehen würden, wenn der gemeinschaftliche Stammvater noch lebte. Die Agnation kann nur durch Zeugung begründet werden, nicht durch Geburt; in gleicher Weise aber wie durch Zeugung wird sie auch durch Adoption begründet; umgekehrt wird durch künstliche Beendigung der väterlichen Gewalt auch die durch Zeugung begründete Agnation aufgehoben[8]. Dieser Begriff der Agnation ist aber für das heutige römische Recht nur noch von verschwindender Bedeutung[9]. Der deutschrechtliche Begriff der Agnation ist ein ganz anderer; Agnation im deutschrechtlichen Sinne ist Blutsverwandtschaft durch Mannesstamm, und zwar mit Beschränkung auf die männlichen Verwandten. —

Neben der Verwandtschaft ist noch die Schwägerschaft zu nennen. Die Schwägerschaft setzt sich zusammen aus Verwandtschaft und Ehe; verschwägert ist Jemand mit den Verwandten seines Ehegatten, und mit den Ehegatten seiner Verwandten[10].

§ 56b.

Unter den Thatsachen, auf welchen die Verwandtschaft beruht, ist eine, deren Beweis nicht bloß schwierig, sondern nahezu unmöglich ist; dieß ist die Zeugung. Für Kinder aber, welche in einer Ehe concipirt sind, ersetzt das Recht diesen Beweis durch eine Präsumtion, die Präsumtion, daß das Kind von dem Ehe-

[8] Die Legaldefinition, daß agnati die cognati durch Mannesstamm seien (Gai. I. 156. III. 10, § 1 I. de leg. agn. tut. 1. 15, § 1 I. de leg. agn. succ. 3. 2), ist zu eng und zu weit. Den letzten Fehler vermeidet Ulp. XI. 4. XXVI. 1, indem er hinzusetzt „eiusdem familiae".

[9] Daß er im Justinianischen Rechte seine Bedeutung ganz verloren habe, darf nicht behauptet werden, s. II § 524 Note 6, III § 631 Note 14, und vgl. v. Buchholtz Abhandlungen S. 96—105.

[10] L. 4 § 3 D. de grad. 38. 10. Die Sprache des Lebens bezeichnet die Schwägerschaft theilweise als Stiefverwandtschaft. — Auch die Ehegatten selbst werden affines genannt, ja selbst auf die Brautleute wird diese Bezeichnung ausgedehnt. Vat. Fr. 218. 302, l. 8 D. de cond. c. d. 12. 4, l. 38 § 1 D. de usur. 22 1, l. 15 C. de don. a. n. 5. 3, l. 5 C. de her. inst. 6. 24. Vgl. W. Sell Arch. f. civ. Pr. XXII S. 237 fg. (1839).

manne der Mutter erzeugt sei[1], wobei jedoch der Beweis des Gegentheils nicht ausgeschlossen ist[2]. Die Zeit der Conception wird durch Zurückrechnung von der Zeit der Geburt gefunden, und zwar ist die juristische Regel die, daß wenigstens 182 Tage zurückgerechnet werden müssen, und höchstens 10 Monate zurückgerechnet werden dürfen[3]. — Für Kinder, welche nicht in einer

[1] — „pater . . is est, quem nuptiae demonstrant", l. 5 D. de in ius voc. 2. 4. W. Fuchs die Rechtsvermuthung der ehelichen Vaterschaft nach römischem und neuerem Recht, mit besonderer Berücksichtigung des österr. Rechts. Wien 1880. § 56b.

[2] Dieser Beweis muß darauf gerichtet werden, daß der Ehemann mit der Ehefrau keinen geschlechtlichen Umgang gepflogen habe; es genügt nicht der Beweis, daß die Ehefrau auch mit einem anderen Manne geschlechtlichen Umgang gepflogen habe. L. 12[11] § 9 D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5, l. 29 § 1 D. prob. 22. 3, l. 6 D. de his qui sui l. 6. Seuff. Arch. I. 162 Nr. 1 u. 3, II. 254, X. 267, XIX. 9, XX. 198, XXIX. 4, XXXVIII. 205, XXXIX. 183. Beweis der Unmöglichkeit der Beiwohnung verlangen I. 162 Nr. 2, II. 186, V. 176, XXIV. 207, XXXIII. 189. 280, XXXV. 267. Ueber die Zulässigkeit des Gegenbeweises aus dem Grad der Reife des Kindes s. Note 3 in der Mitte. Vgl. Fuchs S. 51 fg.

[3] L. 12 D. de statu hom. l. 5, l. 3 § 11. 12 D. de suis 38. 16. Die Frist von 182 Tagen beruht auf l. 3 § 12 cit., während l. 12 cit. sagt, daß ein im 7. Monate der Ehe, also am 181. Tage, geborenes Kind ein eheliches sei. Man ist darüber einverstanden, daß Letzteres nur ein ungenauer Ausdruck ist (vgl. Savigny IV § 181. h., Böcking I § 121 Note 18). Auch die Praxis hält constant an der Frist von 182 Tagen fest. Vgl. Seuff. Arch. I. 161. 163, II. 254, V. 175, VIII. 229, X. 170, XI. 10. 11, XII. 36, XIII. 123, XV. 98. — Ueber die Berechnung der Frist s. Blätter f. R.Anwendung zunächst in Bayern XXX. 17. 18, XXXVI. 24; Seuff. Arch. V. 175, XII. 36. Fuchs S. 30. — Darf aus dem Grade der Reife des Kindes ein Gegengrund gegen die Anwendung der gesetzlichen Regel hergenommen werden? Nein: Seuff. Arch. I. 161, VIII. 229, XIII. 123, XV. 98, XVII. 115, XVIII. 109, XXIV. 86, Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V. 70 (Seuff. Arch. XXI. 199), Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I. 77; ja: Seuff. Arch. VI. 210 a. E., XI. 11, XII. 161, XX. 9, XXI. 8. 9, vgl. auch IX. 24, XXV. 250. S. über diese Frage auch Wächter de partu vivo non vitali (§ 52 Note 8) § 5—8, Büngner zur Theorie und Praxis der Alimentenklage S. 109 fg., Fuchs S. 31 fg. 37 fg. 66 fg. Stintzing Jahrb. f. Dogm. IX. 5 (1868) will unterscheiden: bei den nach Auflösung der Ehe geborenen Kindern soll Gegenbeweis aus dem Grad der Reife zulässig sein, nicht bei den während der Ehe nach dem 181. Tage geborenen. Dieser Schriftsteller nimmt aber ferner an, daß ein während der Ehe vor dem 182. Tage geborenes lebensfähiges Kind nicht nothwendiger Weise ein uneheliches sei,

Ehe concipirt sind, bleibt es dabei, daß sie die Erzeugung durch einen bestimmten Mann nicht nachweisen können; sie haben daher keinen Vater und keine väterliche Verwandtschaft[4]. Jedoch ist zu bemerken, daß nach der Vorschrift des canonischen Rechts die Ungültigkeit der Ehe den Kindern nicht schadet, wenn die Ungültigkeit den Ehegatten oder wenigstens einem derselben unbekannt war[5]. Eine Mutter und mütterliche Verwandtschaft haben uneheliche Kinder, wie eheliche[6], und durch Legitimation können sie auch einen Vater und väterliche Verwandtschaft gewinnen[7].

IV. Die juristische Person*.

A. Begriff und Arten.

§ 57.

Eine juristische Person ist eine nicht wirklich existirende, nur vorgestellte Person, welche als Subject von Rechten und Verbindlichkeiten behandelt wird (§ 49).

---

hier jedoch soll Gegenbeweis aus dem Grad der Reife zulässig sein. Die Grundlage der Argumentation Stintzing's bildet die Abweisung des Schlusses a contrario aus den gesetzlichen Bestimmungen; es heiße, daß ein nach dem 10. Monate nach Auflösung der Ehe geborenes Kind nicht vom Ehemanne erzeugt sein könne, aber nicht, daß ein vorher geborenes von ihm erzeugt sei; es heiße, daß ein am 182. Tage nach Eingehung der Ehe geborenes vom Ehemanne erzeugt sei, aber nicht, daß ein früher geborenes nicht von ihm erzeugt sein könne. Die erste Auslegung halte ich für bedenklich, die zweite für mehr als bedenklich. — Vgl. noch II § 475 Note 17.

[4] § 12 I. de nupt. 1. 10, l. 23 D. de statu hom. 1. 5.

[5] Man spricht in diesem Falle von einer putativen Ehe. C. 2. 8. 14. 15 X. qui filii sint leg. 4. 17.

[6] L. 4 § 3 l. 5 D. de in ius voc. 2. 4, l. 4 D. unde cogn. 38. 8, l. 4 § 2 D. de grad. 38. 10.

[7] Das Nähere über die Legitimation im Familienrechte (II § 522). — Der Legitimation steht die bloße Anerkennung nicht gleich (vgl. Bähr Anerkennung S. 186 fg.; a. M. ohne genügenden Beweis Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 184, vgl. II § 522 Note 7), obgleich sie für das Verhältniß des Anerkennenden zu dem Kinde nicht ohne Bedeutung ist. Das spätere römische Recht behandelt nämlich die von einem Manne im Concubinate erzeugten Kinder (liberi naturales in diesem Sinne, vgl. § 56a Note 7) in einzelnen Beziehungen als seine Kinder; dieß hat die deutsche Praxis auf die unehelichen Kinder überhaupt, ihre Anerkennung vorausgesetzt, übertragen. — Uebrigens erfordert die Legitimation durch nachfolgende Ehe nicht, daß das uneheliche Kind zur Zeit der Eingehung der Ehe bereits geboren war. Daher ist jedes

Nicht alle Rechtsverhältnisse können mit einer juristischen Person als ihrem Subjecte in Verbindung gebracht werden. Es ist das nicht möglich bei denjenigen, welche eine menschliche Existenz zur Grundlage haben, d. h. bei den Familienverhältnissen. So ist die Rechtsfähigkeit der juristischen Person auf das Vermögensrecht beschränkt[1].

Als juristische Personen kommen in unserem Rechte folgende vor.

1. Mehrheiten von physischen Personen. Wie Sachen und Rechte (§ 42 Note 2), so können auch Personen in der Weise zusammengefaßt werden, daß sie in ihrer Zusammenfassung als eine neue, von den einzelnen zusammengefaßten Personen verschiedene und ihnen gegenüber selbständige Existenz, als ein Personenganzes (Personengesammtheit, Personeneinheit)[2], erscheinen. Regelmäßig ist die zusammengefaßte Mehrheit eine zugleich gleichzeitige und successive, so namentlich wenn Personen-Vereinigungen zu juristischen Personen zusammengefaßt werden, wobei dann die Vereinigung noch entweder ein mehr natürliches Dasein haben kann,

---

in der Ehe, gleichgültig binnen welcher Frist nach Eingehung derselben, geborene Kind ein eheliches, wenn es nur vom Manne anerkannt ist. L. 11 C. de lib. nat. 5. 27, Nov. 89 c. 8 § 1. Seuff. Arch. I. 163, XI. 10, XXI. 200, XXII. 287. 288, XXIV. 242, XXXI. 39.

* Savigny II § 85—102. Puchta Rechtslexicon III S. 65 fg. (kleine Schriften Nr. 28) (1840). Pfeifer die Lehre von den juristischen Personen nach gemeinem und würtemb. R. (1847). Brinz Lehrbuch der Pandekten S. 979—1150 (1868) und zweite Aufl. S. 194—208 (1873). W. Serment Associations et corporations. Genève 1877 (Inauguralschrift). Böcking I § 62—66, Unger I § 42—44, Sintenis I § 15, Wächter I § 53—58. S. auch die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Beseler § 66—72, Bluntschli § 33—45, Gerber § 49—57, Stobbe I § 49—62, Roth I § 71—73. Roth bayrisches Civilrecht I § 32—47. Böhlau Mecklenb. Landrecht II § 149—153.

[1] D. h. die privatrechtliche Rechtsfähigkeit, welche hier allein in Betracht kommt. Juristische Personen können aber auch Träger von Gewalten und Befugnissen sein, welche dem öffentlichen Recht angehören. Für das öffentliche Recht ist der Begriff der juristischen Person nicht minder wichtig als für das Privatrecht. — Injurien gegen eine juristische Person? Vgl. Seuff. Arch. XXIV. 33. Bolze in Goltdammer's Archiv 1878 1. Heft. § 57.

[2] Als eine universitas. Es ist eine Eigenthümlichkeit aller universitates, daß ihre Identität von dem Wechsel ihrer Theile unabhängig ist. L. 7 § 2 D. quod cuiusque univ. nom. 3. 4. „In decurionibus vel aliis uni-

oder mehr ein auf menschlicher Willkür beruhendes[2a]. Wesentlich ist jedoch weder das Eine noch das Andere; die Mehrheit kann auch eine bloß gleichzeitige[2b] oder eine bloß successive[3] sein. Die heutzutage gebräuchliche Bezeichnung für eine solche aus einer Mehrheit von physischen Personen bestehende juristische Person ist Corporation[4]; doch wird dieser Ausdruck nicht gern da gebraucht,

---

versitatibus nihil refert, utrum omnes idem (l. *iidem*) maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint". L. 76 D. de iud. 5. 1.

[2a] Beispiele: Gemeinden; Zünfte; Gesellschaften zu gemeinnützigen, wissenschaftlichen, künstlerischen, geselligen, Handels-, Industrie- ꝛc. Zwecken. Vgl. überhaupt: Gierke das deutsche Genossenschaftsrecht. 1. Band: Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft (1868). 2. Band: Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs (1873). 3. Band: die Staats- und Corporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland (1881). — Ueber die römische societas publicanorum vgl. Schmid Arch. f. civ. Pr. XXXVI S. 166—183, Roesler Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 274—300, Salkowski (§ 58 Note 3) S. 29—45, Kuntze krit. VJSchr. VI S. 60. 61, Brinz S. 1009 fg., Pernice Labeo S. 295 fg. Parerga II S. 105 fg., M. Cohn zum römischen Vereinsrecht S. 155 fg (1873), Gierke III S. 42.

[2b] Es ist nicht nothwendig, daß die Vereinigung auf die Dauer berechnet und der Eintritt neuer Mitglieder vorgesehen sei. Stobbe I § 51 Note 1.

[3] Wenn Jemand ein Vermögensstück in der Weise aussetzt, daß der Genuß desselben den successiven Inhabern eines Amtes zu Gute kommen soll, so ist das Subject dieses Vermögensstückes nicht der jedesmalige einzelne Beamte, welcher es genießt, sondern die ideale Einheit aller Beamten, wenn man nicht, was allerdings auch möglich ist, den Gesichtspunkt der Stiftung will eintreten lassen (s. diesen § a. E.). Natürlich ist es nicht anders, wenn das Amt von einer gleichzeitigen Mehrheit von Personen verwaltet wird. Dieß darf man freilich nicht so ausdrücken: auch die Aemter seien zu den juristischen Personen zu rechnen. Man würde dadurch die Vorstellung erwecken, daß es möglich sei, Vermögen mit einem Amte als seinem Subjecte in der Weise in Verbindung zu bringen, daß es zu den Zwecken dieses Amtes verwendet werden müßte. Das Subject eines mit dieser letzteren Bestimmung ausgesetzten Vermögensstückes würde nicht das Amt sein, sondern der Staat, welchem gegenüber das einzelne Amt keine selbständige Existenz hat. — Zum Beweise des eben Gesagten darf man sich allerdings nicht auf l. 25 D. ad mun. 50. 1, und noch weniger auf l. 12 § 5 [l. 9 § 8] D. de admin. rer. 50. 8 und l. 56 D. de leg. II° 31 berufen. Vgl. über diese Frage Heise Grundriß S. 25, Böcking I S. 233. 234, Seuff. § 54; und auf der andern Seite Kierulff S. 130, Savigny II S. 237. 376. 379, Puchta § 27. m, Sintenis I § 15 Note 7, Vangerow I S. 93, Unger I S. 325—327, Stobbe I S. 321 (2. Aufl. S. 385). Seuff. Arch. XXII. 211. 266, XXIV. 106.

[4] Der Ausdruck corporatio findet sich in Nov. Severi tit. II (a. 465),

wo die Mehrheit der zusammengefaßten Personen nur eine successive ist[4a].

2. Anstalten zur Verfolgung frommer oder sonst gemeinnütziger Zwecke, Armenhäuser, Hospitäler, Schulen u. s. w.[5]. Hierher gehört es auch, wenn von einer Kirche als Vermögenssubject gesprochen wird; unter Kirche wird hier eine zur Verfolgung eines religiösen Zweckes errichtete Anstalt verstanden. Andererseits freilich kann als Subject des Kirchenvermögens auch die Kirchengemeinde, also eine Corporation gedacht werden[6].

3. Vermögensinbegriffe. Als Subject von Rechten und Verbindlichkeiten wird das Vermögen selbst gedacht, zu welchem sie gehören. Dieß ist z. B. der Fall bei der ruhenden Erbschaft (§ 49 zu Note 2). Es ist aber ferner auch der Fall beim Fiscus; denn Fiscus bedeutet seiner Wortbedeutung nach die Staatskasse[7]. In-

---

von corporati ist die Rede in l. 5 C. de commerc. 4. 63, rubr. und l. un. C. de priv. corporat. 11. 15 [14]. Der dem klassischen Sprachgebrauch angehörige Ausdruck corpus, welcher an und für sich ebenso allgemein ist, wie universitas, scheint nur auf die Corporationen, welche eine mehr willkürliche Existenz haben, also nicht auf die Gemeinden, bezogen zu werden. Ein entsprechender Ausdruck ist der Ausdruck collegium. Savigny II S. 260. 261. Abweichende Ansichten über den Sinn der römischen Bezeichnungen entwickelt M. Cohn zum römischen Vereinsrecht S. 4 fg., s. auch Gierke III S. 66 Note 14.

[4a] Vgl. Brinz 1. Aufl. S. 1009 fg., aber auch 2. Aufl. S. 136, Stobbe I § 51 Note 2.

[5] In den Quellen des römischen Rechts werden nur Anstalten zu frommen Zwecken genannt (vgl. l. 23 C. de ss. eccl. 1, 2, l. 34 [35]. 45 [46] C. de ep. et cler. 1. 3); daher der Ausdruck der Neueren pium corpus (die ältere Doctrin identificirte die Begriffe der juristischen Person und der Corporation, Glück II S. 162, Höpfner Comment. zu den Instit. S. 82, vgl. Roth in Jahrb. f. Dogm. I S. 189), oder pia causa. — Es ist, auch für das heutige Recht oder wenigstens für das römische und canonische, die juristische Persönlichkeit der piae causae ganz geleugnet und die Behauptung aufgestellt worden, das wahre Subject des ihnen zugewendeten Vermögens sei die betreffende Kirche oder weltliche Gemeinde. Roßhirt Arch. f. civ. Pr. X S. 321—325 (1827), Fritz Erläuter. I S. 153, vgl. Roth Jahrb. f. Dogm. I S. 190—201. Diese Ansicht „beruht auf einer Verwechselung der Verwaltungs- mit der Existenzfrage", Puchta § 27. l; vgl. außerdem Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück XL S. 79 fg., Kierulff S. 148—150, Savigny II S. 271, Vangerow I § 60 Anm.

[6] Savigny II S. 265—267, Brinz S. 1019 fg. 1051 fg.

[7] Savigny II S. 272—274. Vgl. Gierke III S. 60 Note 89.

dem also der Fiscus als juristische Person behandelt wird, wird personificirt nicht die Gesammtheit der zum Staate vereinigten Individuen, sondern das Staatsvermögen. Derselbe Gesichtspunkt liegt endlich auch zu Grunde, wenn von Stiftungen als juristischen Personen geredet wird. Denn unter Stiftung läßt sich nur verstehen das zu einem bestimmten Zweck gestiftete Vermögen. Wenn die Verfolgung des Stiftungszweckes sich in einer Anstalt verkörpert — was nicht nöthig ist[8] — so concurrirt mit der Personificirung des Vermögens die Personificirung der Anstalt[9].

Aus dem Gesagten ergibt sich der Satz, daß eine und dieselbe juristische Person unter verschiedenen Gestalten erscheinen kann. Ob man sagt der Staat oder der Fiscus, Kirche oder Kirchengemeinde, Anstalt oder Stiftung, Familienstiftung oder Familie, ist gleich; man meint dieselbe Person, obgleich man Verschiedenes personificirt[9a]. Es kann daher das in der juristischen Person Personificirte, ihre Unterlage, ihr Substrat, für ihr Wesen nicht bestimmend sein. Vielmehr wird, wenn auf das Wesen gesehen wird, folgendermaßen zu unterscheiden sein. Es handelt sich

1) darum, daß ein Vermögen bestimmt ist, zur Erreichung eines gewissen, außerhalb des Vermögens liegenden, Zwecks verwendet zu werden. Dieser Zweck kann ein gemeinnütziger sein, wie bei dem Fiscus, den Gemeinden, gemeinnützigen Anstalten und Vereinigungen; er kann aber auch auf den Vortheil (Vermögens- oder sonstigen Vortheil) der die juristische Person bildenden Individuen gerichtet sein, so bei den Actienvereinen, Lesegesellschaften, Kunstvereinen, Vereinen zu geselligen Zwecken 2c. 2c. — Oder es handelt sich von einem Vermögen,

2) dessen Zweck ist[10], von gewissen Personen in gewisser

[8] Z. B. bei der Familienstiftung. Es soll der Genuß eines Vermögens den Gliedern einer Familie nach einer gewissen näheren Bestimmung zu Gute kommen.

[9] Von Stiftungen handelt Pfeifer § 42—48, ferner Roth Jahrb. f. Dogm. I S. 189 fg. (1857). Deutsch. Privatr. I § 73.

[9a] Vgl. Stobbe 2. Aufl. II S. 384. 385.

[10] Genossen zu werden. Dieß setzt voraus, daß nicht nur die Einzelnen, welche zum Genusse gelangen, nicht über die Substanz des Vermögens verfügen können, sondern das Vermögen auch im Uebrigen in seinem rechtlichen Bestande von den Ereignissen, welche den jeweiligen Inhaber betreffen, unabhängig ist. Ist dieß nicht der Fall, so ist kein Grund vorhanden, ein anderes

Weise genossen zu werden, so bei den Familienstiftungen[11], Stipendienstiftungen, der deutschen Realgemeinde; oder endlich

3) von einem Vermögen, welches in gewöhnlicher Weise für eine Person bestimmt, aber von dieser Person noch nicht erworben ist, wie bei der ruhenden Erbschaft[12].

B. Rechtsverhältniß.

1. Die juristische Person als Rechtssubject.

§ 58.

Juristische Personen können Subjecte von (Vermögens-) Rechten und Verbindlichkeiten sein und werden[1], wie natürliche. Daraus folgt jedoch nicht, daß die juristischen Personen in allen Stücken den natürlichen Personen ganz gleich behandelt werden müßten. Wie sich bei ihnen vielfach Privilegien geltend machen, namentlich beim

---

Subject des Vermögens anzunehmen, als den jeweiligen Inhaber des Vermögens. — Der hier aufgestellte Gesichtspunkt ist auch entscheidend für die Streitfrage, ob als Subject der Grunddienstbarkeit der jedesmalige Eigenthümer des herrschenden Grundstücks, oder das Grundstück selbst anzusehen, letzteres also als juristische Person zu denken sei. Man muß sich für die erste Alternative entscheiden, weil jeder Eigenthümer des herrschenden Grundstücks die Dienstbarkeit ganz in derselben Weise hat, als wenn vor und nach ihm kein Anderer stünde, was sich namentlich auch im Falle der Confusion zeigt. Vgl. über diese Streitfrage Heise Grundr. S. 25, Böcking I S. 231. II S. 212; Savigny II S. 379. 380, Puchta § 27. l. a. E., Vangerow I § 53 Anm., Sintenis I § 15 Note 10, Arndts § 41 Anm. 5, Kuntze Heid. krit. Zeitschr. I S. 548 fg., Elvers die römische Servitutenlehre S. 93 fg. Arndts macht gegenüber der Ausdrucksweise der Quellen: praedio servitus debetur und Aehnlichem darauf aufmerksam, daß es auch heißt: „pecori debetur appulsus" (l. 1 § 18 D. de aqua 43. 20) und: „ager itineri servit" (l. 13 § 1 D. de S. P. R. 8. 3). Man kann auch den servus poenae hinzufügen. Vgl. auch noch § 201 Note 6 und Demelius Jahrb. f. Dogm. IV S. 130.

[11] Pözl Zeitschr. f. deutsches R. XVI Nr. 7 (1856). Gerber Jahrb. f. Dogm. II S. 351 fg. (1858). Brinz 1. Aufl. S. 1022 fg., Stobbe I S. 321 fg. (2. Aufl. S. 386 fg.).

[12] Bei der ruhenden Erbschaft paßt nicht die besondere Kategorie des Zweckes, sondern nur die allgemeinere der Bestimmung. Vgl. übrigens Brinz S. 1001, Bekker Jahrb. f. Dogm. XII S. 95.

[1] Werden — daß die juristische Person Vermögen habe, ist begriffliche Voraussetzung ihrer Existenz nicht. Vgl. Stobbe 2. Aufl. I § 49 Note 5. § 58.

Fiscus[1a], so sind sie auf der anderen Seite auch wohl ungünstiger gestellt, als die natürlichen Personen[2].

Das Subject der Rechte und Verbindlichkeiten ist die juristische Person als solche[2a], nicht also bei der Stiftung etwa die Einzelnen, denen das Stiftungsvermögen schließlich zu Gute kommt[2b], und namentlich bei der Corporation nicht die Mitglieder derselben[3]. Von

---

[1a] Eine Zusammenstellung von Privilegien juristischer Personen bei Sintenis I § 15 Note 48, Brinz 1. Aufl. § 242. In Betreff des Fiscus speciell s. Holzschuher I § 32 Nr. 2, v. Gosen Zeitschr. f. d. ges. Staatswissensch. XXIII S. 547 fg. Die Privilegien der piae causae (Brinz S. 1133 fg., Stobbe S. 423 fg. [2. Aufl. S. 517 fg.]) dürfen auf bloß gemeinnützige Anstalten und Stiftungen nicht erstreckt werden. Ueber den Umfang des Begriffs der pia causa s. Brinz S. 1051.

[2] So können collegia, wenigstens nach römischem Recht, nicht zu Erben eingesetzt werden, l. 8 C. de her. inst. 6. 24. Persönliche Dienstbarkeiten, welche an und für sich ein physisch existirendes Subject voraussetzen, sind den übrigen juristischen Personen auf künstlichem Wege zugänglich gemacht worden, nicht so auch der ruhenden Erbschaft, l. 26 D. de stip. serv. 45. 3. Ueber die ruhende Erbschaft s. ferner noch III § 531 Note 10. Die vielbesprochene l. 10 de I. F. 49. 14 sagt: „Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit", was Böcking (I § 65 Note 9 u. § 96 Note 21) und Wächter (Württemb. Privatr. § 16 Note 13) nur von der Auslegung der Privilegien des Fiscus verstanden wissen wollen. Vgl. Brinz 1. Aufl. S. 1136. Seuff. Arch. XXIV. 9.

[2a] In Betreff des Fiscus ist zu bemerken, daß nicht etwa die verschiedenen fiscalischen Kassen als selbständige juristische Personen aufgefaßt werden dürfen, l. 2 C. de sol. 8. 42 [43], l. 1 C. ne fisc. rem 10. 5. Die l. 1 C. de comp. 4. 31, welche die Compensation mit einer Forderung verbietet, welche dem fiscalischen Schuldner gegen eine andere fiscalische Kasse zusteht, beruht auf administrativen Rücksichten. Vgl. Keller S. 66—68. Seuff. Arch. XXXI. 200.

[2b] Aber es ist nicht ausgeschlossen, daß gewissen Personen aus der Stiftung ein Privatanspruch gegen die Stiftungsverwaltung zusteht. Seuff. Arch. XXXVIII. 259 und Citate das. Entscheid. des RG. IX S. 206.

[3] L. 7 § 1 D. quod cui. un. 3. 4. „Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent". Vgl. l. 6 § 1 D. de D. R. 1. 8, l. 1 § 7 D. de quaest. 48. 18, l. 10 § 4 D. de in ius voc. 2. 4, l. 18 C. Th. de navicul. 13. 5. Wenn mehrere Personen als solche an einem Rechtsverhältniß betheiligt sind, so spricht man von einer communio, und wo die Gemeinschaft durch Vertrag begründet ist, von einer societas. In nicht technischem Sinne wird jedoch der Ausdruck societas, ganz wie der entsprechende deutsche Ausdruck Gesellschaft, auch zur Bezeichnung eigentlicher juristischer Personen gebraucht, l. 1 pr. § 1 D. quod cui. un. 3. 4, l. 3 § 4 D.

der anderen Seite ist es mit dem Begriffe der juristischen Person wohl verträglich, daß den Mitgliedern einer Corporation an dem Corporationsvermögen Rechte zustehen, z. B. an den Sachen der Corporation Dienstbarkeiten oder andere Genußrechte; es ist das ganz in derselben Weise zulässig, wie es zulässig ist, daß ein Mensch an dem Vermögen eines anderen Menschen Rechte habe[4]. Auch das thut dem Begriffe der juristischen Person keinen Eintrag, daß das Vermögen der Corporation lediglich dazu da ist, um von den Mitgliedern der Corporation nach Maßgabe der ihnen an demselben zustehenden Rechte genossen zu werden, wie z. B. bei der

---

de B. P. 37. 1, l. 31 § 1 D. de furtis 47. 2, — societas publicanorum, Actiengesellschaft. — Salkowski Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen (1863) sucht auszuführen, daß allerdings die einzelnen Corporationsglieder das Rechtssubject seien, aber nur in ihrer Eigenschaft als Corporationsglieder, so daß freilich für den äußeren praktischen Erfolg die Corporation, d. h. die gedachte Einheit der Corporationsglieder, als Rechtssubject erscheine. Aber ich kann in dem Satze: das Rechtssubject sind die Corporationsglieder in dieser ihrer Eigenschaft, nichts entdecken, als einen anderen Ausdruck des Satzes: das Rechtssubject sind die die Corporation bildenden Menschen, gedacht als etwas, was sie nicht sind, als ihre Einheit. Aehnlich wie Salkowski, Baron die Gesammtrechtsverhältnisse im römischen Recht (1863) § 1. S. dawider Laband Zeitschr. f. Handelsr. VII S. 181—184, Witte das. VIII S. 10. 11, Pernice krit. VJSchr. VII S. 107. Neuestens Bolze Begriff der juristischen Person (das Rechtssubject sind die Einzelnen „in ihrer Verbindung zur Corporation"). Vgl. auch Bruns Encycl. I S. 273 (4. Aufl. S. 412), Pernice Labeo I 263. 277 fg. 289 fg., Kuntze Cursus des r. R. 2. Aufl. I S. 263 fg. II § 440 fg. Ueber und gegen alle Vorgenannten, was das römische Recht angeht, Gierke III S. 131 fg. Dogmengeschichtliches: derf. S. 203 fg. 277 fg. 362 fg. 425 fg. 726 fg. Ueber die Auffassung, welche Gierke für das deutsche Recht vertritt, s. § 49 Note 8. Vgl. übrigens auch § 59 Note 3a. — Einem anderen Gedankenzusammenhang gehört die Auffassung von Jhering Geist des röm. Rechts III S. 216 fg. (2. u. 3. Aufl.) an. Dieser Schriftsteller erklärt die Corporationsglieder deßwegen für die „wahren" Rechtssubjecte, weil für sie der Genuß der Corporationsrechte bestimmt sei; nur die Rücksicht auf die „Practibilität der Klage" bringe es mit sich, „daß nach außen hin nicht die einzelnen Mitglieder, sondern die zur künstlichen persönlichen Einheit erhobene Gesammtheit derselben die gemeinschaftlichen Interessen verfolgen darf".

[4] Vgl. R. Schmid Arch. f. civ. Pr. XXXVI S. 160 fg., Unger krit. Uebersch. VI. S. 171—176. Von einer Obligation der Corporation gegen ihre Mitglieder spricht l. 1 § 15 D. ad SC. Treb. 36. 1, von einem Processe zwischen beiden l. 9 D. quod cui. un. 3. 4.

deutschen Real- oder Nutzungsgemeinde[4a]; selbst das nicht, daß das Vermögen der Corporation unter die einzelnen Mitglieder seinem Geldwerth nach vertheilt ist, wie bei der modernen Actiengesellschaft. Es liegen in diesem Falle besonders geeigenschaftete Corporationen vor, aber der Begriff der Corporation (juristischen Person) ist nicht alterirt[5].

[4a] Vgl. Stobbe I § 55; Brinz (1. Aufl.) S. 1032 fg.

[5] Es sind noch immer nicht die Einzelnen Vermögenssubjecte, sondern Vermögenssubject ist etwas Anderes, als sie sind, ihre gedachte Einheit — wenn man nicht sagen will, was auf dasselbe herauskommt, daß das Vermögen als subjectloses bestehe. Dieß ist selbst in dem Falle wahr, wo die Nutzkraft des Corporationsvermögens von den Nutzungsrechten der Mitglieder ganz absorbirt wird; man wird nie z. B. das Eigenthumsrecht durch Zusammenrechnung der einzelnen Befugnisse, welche es gewährt, darstellen können, eben weil es etwas Anderes ist, als die Summe, das Aggregat, dieser Befugnisse (§ 167). Vgl. Seuff. Arch. XIII. 124. Bei der Actiengesellschaft haben die Actionäre gegen die Actiengesellschaft Forderungsrechte, durch welche der Geldwerth des Vermögens derselben absorbirt wird. (Für die obligatorische Natur des Rechts des Actionärs H. Witte Zeitschr. f. Handelsr. VIII S. 17 fg. und die das. Genannten, Anschütz Commentar zum HGB. II S. 495, Stobbe I S. 392, Böhlau Rechtssubject und Personenrolle S. 65 Anm. 78, v. Sicherer die Genossenschaftsgesetzgebung in Deutschland S. 119 fg., während Kuntze Zeitschr. f. Handelsr. VI S. 28. 225. 235. krit. VJSchr. VI S. 78 dem Actionär ein „ius in bonis" zuschreibt.) Die Meinung, daß in diesen (wie in andern) Fällen eine Vermittelung zwischen dem Recht der universitas und dem Recht der communio, eine Verbindung des Einheits- und Vielheitsrechts vorliege, ist namentlich von Beseler vertreten worden (Erbverträge I S. 73—88 [1835], Volksrecht und Juristenrecht Kap. VI [1843], deutsch. Privatr. § 68. 71. 83); s. außerdem Bluntschli Staats- und RGesch. von Zürich I S. 82 und deutsch. Privatr. § 33. 38. 39, Weiske pract. Untersuchungen auf dem Gebiete des einheim. R. III S. 144 fg., Gierke Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs (Berlin 1873) S. 906 fg. 924 fg., Dernburg § 61, und dagegen Thöl Volksr. 2c. S. 18—62, R. Schmid Arch. für civ. Pr. XXXVI S. 147 fg. (1853), Gerber Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII S. 193 fg. (1855), Unger krit. Ueberschau VI S. 171 fg., Stobbe I S. 336 (2. Aufl. S. 404) und die von diesem Citirten, Roth zur Lehre von der Genossenschaft (München 1876) S. 60 fg., Schuster in Grünhut's Zeitschr. IV S. 547 fg. 568 fg., Laband Zeitschr. f. HR. XXX S. 483 fg. Entschiedener noch aber als dieser Ansicht ist derjenigen entgegenzutreten, welche den Actiengesellschaften, sowie den sonstigen heutzutage so häufigen Vereinigungen zu privaten und öffentlichen Zwecken, Lesegesellschaften, Kunstvereinen, Clubs, Missionsvereinen 2c. mit dem, nur durch Vertrag (bloß in Betreff des Ausschlusses der Theilungsklage wird ein abänderndes Gewohnheitsrecht angenommen) modificirten Recht

2. Handlungen der juristischen Person*.

§ 59.

Von Handlungen kann bei einer juristischen Person, da sie kein Mensch ist, an und für sich nicht die Rede sein[1]. Sie gewinnt Handlungsfähigkeit nur dadurch, daß das Recht den Handlungen gewisser Menschen dieselbe Bedeutung beilegt, als wären sie Handlungen der juristischen Person[1a]. Darüber, welche Per-

---

der societas glaubt gerecht werden zu können, über welche Ansicht zu vergleichen sind die bei Stobbe I § 58 Note 12. § 61 Note 1 Citirten, sowie Stobbe a. a. O. selbst. Seuff. Arch. XXXIII. 1 und Citate das., XXXIV. 6. Entscheid. des RG. IV S. 156, VIII S. 121 (= Seuff. Arch. XXXVIII. 227). Ueber den von Anderen aufgestellten Begriff von s. g. Gesellschaften mit collectiver (formeller) Personeneinheit (Gesellschaft nach innen, juristische Person nach außen) s. Unger krit. Ueberschau VI S. 180. 181, Renaud Recht der Actiengesellschaften S 115 fg.; der Gedanke ist aufgenommen worden von Salkowski in der § 58 Note 3 citirten Schrift und von Gerber deutsch. Privatr. § 198 seit der 8. Aufl., vgl. Kuntze a. a. O. S. 66. 67; ähnlich auch Bekker Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 557 fg. (nur daß dieser Schriftsteller statt von „juristischer Person" von „Zweckvermögen" redet), vgl. jetzt dens. Jahrb. f. Dogm. XII S. 89. 97, und s. auch Ihering Geist des röm. R. III S. 216 fg. 341 fg. (§ 58 Note 3). Dagegen neuestens Laband Zeitschr. f. Handelsr. XXX S. 482. Ueber die Actiengesellschaften ist das Hauptwerk das oben citirte von Renaud (1863, 2. Aufl. 1875). Stobbe § 58. HGB. § 173—249. Reichsges. 11/6 1870, 18/7 84. — Ueber die „Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften" (Corporationen mit subsidiärer solidarischer Verhaftung ihrer Mitglieder) s. Stobbe I § 60 und die Citate das., insbesondere v. Sicherer die Genossenschaftsgesetzgebung in Deutschland, Erlangen 1872. Reichsges. 4/7 1868 (dazu die Declaration 19/5 1871). Die genannte Schrift von v. Sicherer enthält einen Commentar zu diesem Gesetz. S. auch Mandry § 15. — Ueber die offene Handelsgesellschaft vgl. Stobbe I S. 324 fg. (2. Aufl. S. 389 fg.) und die das. Citirten, Laband Zeitsch. f. Handelsr. XXX S. 469 fg.

* Vgl. Brinz 1. Aufl. S. 1008—1127. Gierke III S. 152—171.

[1] Diesen Sinn hat es, wenn es in l. 1 § 22 D. de A. v. A. P. 41. 2 § 59. heißt: „municipes per se nihil possidere possunt, quia universi (d. h. als Gesammtheit) consentire non possunt". Vgl. Ulp. XXII. 5, l. un. § 1 D. de lib. univ. 38. 3.

[1a] Beseler deutsch. Privatr. § 69, Bluntschli deutsch. Privatr. § 34, Baron Gesammtrechtsverhältnisse § 1 schreiben in verschiedenen Wendungen der Corporation natürliche Willensfähigkeit zu; sie bedürfe nur eines Organs, um ihren Willen auszusprechen. Es ist dieß eine unrichtige Consequenz aus der sehr richtigen Erwägung, daß die Corporation, d. h. die Zusammen-

sonen befugt sind, mit dieser Wirkung für die juristische Person zu handeln, läßt sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen. Bei dem Fiscus entscheidet darüber die Verfassung und Verwaltungsorganisation des betreffenden Staates, bei den Stiftungen der Wille des Stifters und ergänzend der Staat als obervormundschaftliche Behörde[2]. Bei den Corporationen ist zunächst auf ihre Verfassung zu sehen, welche auf Gesetz, Autonomie (Statut), Herkommen (Observanz) beruhen kann. Hat die Corporation eine genügend ausgebildete Verfassung nicht[3], so wird der Wille der Corporation durch den Beschluß der Corporationsglieder hergestellt[3a], wobei die auf gehörige Ladung nicht Erschienenen nicht mit gerechnet werden[4]. Bei Meinungsverschiedenheit entscheidet

---

fassung Einzelner zur Einheit, das Product der „natürlichen Kraft menschlicher Triebe", und in sofern etwas Natürliches, nichts willkürlich Gemachtes ist. Bei Baron mischt sich auch die § 58 Note 8 bezeichnete Auffassung hinein. Ein neuerer, m. E. sehr verunglückter Versuch, den Corporationen natürliche Handlungsfähigkeit zu vindiciren, bei Curtius Arch. f. civ. Pr. LXIV S. 151 fg. Dogmengeschichtliches: Gierke III S. 218 fg. 308 fg. 390 fg. 461 fg. 676 fg. 732 fg.

[2] Roth Jahrb. f. Dogm. I S. 215—218, vgl. aber auch Gerber das. II S. 353 fg. Brinz S. 1106 fg. 1125.

[3] Darauf bezieht sich die (nicht quellenmäßige) Eintheilung in universitates ordinatae und inordinatae.

[3a] Salkowski (§ 58 Note 3) behauptet, es sei eine „absolute logische Consequenz", daß der Wille der Corporationsglieder als Wille der Corporation zu gelten habe. Das ist zu weit gegangen; aber es liegt in Salkowski's Aufstellung ein richtiges Element. Wenn die Corporationsglieder die Corporation nicht sind (s. a. a. O.), so bilden sie doch dieselbe; die Corporation ist etwas Anderes als sie, aber sie ist nichts außer ihnen Existirendes. Indem die Corporation gedacht wird, wird zwar Etwas gedacht, was die Corporationsglieder nicht sind; aber immerhin sind sie es, die als dieses Etwas gedacht werden. Sie sind die Erscheinung, gleichsam der Leib des gedachten Wesens, welches die Corporation ist. So ist es das Natürliche, daß aus ihnen der Wille der Corporation hervorgehe, und dieses Natürliche muß als vom Recht gewollt angesehen werden, soweit keine abweichende Bestimmung getroffen ist. Vgl. außer Salkowski auch Sintenis § 15 Note 49 und Bruns in v. Holtzendorff's Encykl. 2. Aufl. I S. 335 fg. (4. Aufl. S. 412 fg.). Gierke III § 6 Note 87. 99. 100.

[4] Sie müssen angesehen werden, als hätten sie auf ihr Stimmrecht verzichtet. — Wie viele erschienen sind, ist gleichgültig, so lange nicht eine besondere Vorschrift die Anwesenheit einer bestimmten Anzahl von Mitgliedern verlangt. In den Quellen des römischen Rechts wird für die Gültigkeit eines

die Majorität; wollte man dieß nicht annehmen, so wäre in den meisten Fällen die Herstellung eines Corporationswillens unmöglich[5]. Einstimmigkeit ist nur erforderlich bei Beschlüssen, welche über den Corporationszweck hinausgehen; in Beschlüssen dieser Art handelt nicht die Corporation als solche, sondern es liegt in ihnen ein neuer constituirender Act der Corporationsmitglieder[5a]. Und auch Einstimmigkeit reicht zu Beschlüssen dieser Art in dem Falle nicht hin, wo die Corporation nicht lediglich im Privatinteresse ihrer Mitglieder besteht; sobald das öffentliche Interesse bei derselben betheiligt ist, ist die Gültigkeit auch des Einstimmigkeitsbeschlusses an die Staatsgenehmigung gebunden. In gleicher Weise kann auch da, wo es sich um ein Vermögen handelt, welches zum Genusse von successiv nach einem gewissen Determinationsmodus eintretenden Personen bestimmt ist, den jeweilig vorhandenen Genossen nicht die Befugniß zugestanden werden, die nach ihnen Berufenen durch Dispositionen über das vorhandene Vermögen des an sie fallenden Genusses zu berauben; solche Dispositionen können nur durch einen Act der Gesetzgebung zu rechtsbeständigen gemacht werden[6]. Wenn gelehrt wird, daß durch Majoritätsbeschluß auch iura singulorum der Mitglieder nicht aufgehoben werden können, so versteht sich das von selbst für die den Mitgliedern aus besonderem Titel zustehenden Rechte, und hat im Uebrigen den Sinn, daß durch Majoritätsbeschluß die Verfassung der Corporation nicht geändert werden kann[6a].

Beschlusses des ordo decurionum, der aber nicht die Stadtgemeinde ist, sondern sie nur vertritt, Anwesenheit von $^2/_3$ seiner Mitglieder verlangt, l. 2. 3 D. de decr. ab ord. fac. 50. 9, l. 45 C. de decur. 10. 32 [31]. Seuff. Arch. XIV. 200.

[5] Vgl. l. 19 D. ad munic. 50. 1, l. 160 § 1 D. de R. I. 50. 17. Seuff. Arch. XXI. 202. In einer wunderbaren Weise construirt das Recht der Majorität Bolze a. a. O. S. 110 fg.

[5a] Vgl. HGB. Art. 215. Stobbe S. 350 (2. Aufl. S. 424). Vgl. Seuff. Arch. XXXI. 198.

[6] Vgl. über die verschiedenen Ansichten Thibaut civil. Abhandl. Nr. 18 (1804. 1814), Gaudlitz s. Haubold de finibus inter ius singulorum et universitates regundis (1804, auch in Hauboldi opusc. vol. II p. 546–620, cf. p. LXIII–LXXIX), Kori in v. Langenn u. Kori Erörter. II. 1 (1830), Savigny II § 96–99, Pfeifer § 35. 36, Beseler § 69, Stobbe I § 56.

[6a] Als ein wenn nicht ausdrücklich so doch stillschweigend anerkannter

Erstreckt sich die der juristischen Person künstlich gewährte Handlungsfähigkeit auch auf Delicte, d. h. gilt auch ein von dem Vertreter einer juristischen Person in dieser seiner Eigenschaft und innerhalb seiner Vertretungsbefugniß begangenes Delict als Delict der juristischen Person, so daß die Folgen desselben die juristische Person treffen? Diese Frage[7] ist unbedingt zu verneinen was die Strafe angeht. Es verstößt gegen das Wesen der Strafe, daß dieselbe einem Andern zugefügt werde, als dem Uebertreter[8]. Nicht das Gleiche gilt von der durch das Delict begründeten Entschädigungspflicht, und wenn man erwägt, daß die juristische Person nur durch ihre Vertreter die Möglichkeit gewinnt, ihre Zwecke handelnd zu verfolgen, so wird man nicht anstehen dürfen, es gerecht zu finden, daß die juristische Person die nachtheiligen Folgen dieser Handlungen auf sich nehme, wie sie den Vortheil von denselben hat. Eine andere Frage ist es, ob diese Anforderung der Gerechtigkeit im gemeinen Recht anerkannt ist. Diese Frage darf, was das römische Recht angeht,

---

Verfassungsgrundsatz muß aber auch die principielle Gleichheit der Corporationsglieder in der Tragung der Corporationslasten angesehen werden. Vgl. neuestens Laband Annalen des deutschen Reichs 1874 S. 1487 fg., wo auch die frühere Literatur angegeben ist. Stobbe I § 53 Note 19.

[7] Vgl. über die verschiedenen Ansichten Savigny II § 94. 95, Kierulff S. 135. 136, Vangerow I § 55 Anm., Sintenis I § 15 Anm. 53, Dernburg I § 66, Bekker Jahrb. f. Dogm. XII S. 120 fg., Bolze Begriff der jur. Person S. 138 fg., Loening die Haftung des Staats aus den rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten (1879) S. 7 fg. 52 fg., Gierke III S. 168 fg., Rocholl Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts I Heft 3 (1883) S. 335 fg. (vorzugsweise Preuß. Recht), Brückner Bl. f. RPflege in Thüringen und Anhalt XXXI S. 289 fg. (1884).

[8] Doch zeigt die Geschichte Beispiele, wo Stadtgemeinden als solche wegen der Delicte ihrer Vertreter gestraft worden sind (an ihrem Vermögen oder ihren Privilegien). Ja es ist vorgekommen, daß wegen eines Delicts der Vertreter einer Corporation die Personen der Mitglieder derselben einer Strafe unterworfen worden sind. C. 4 de censibus in VI° 3. 20 (anders c. 5 de sent. excomm. in VI° 5. 11), Auth. Frid. II *Item nulla* und *Item quaecunque* C. de ep. et cler. l. 3, Aurea bulla c. 15 § 4. Landfriede von 1548 Tit. 2. 14. 29 § 4, KGO. II. 10 § 1. S. andererseits Nov. Maioriani tit. VII § 11 (ed. Haenel p. 320). Im Mittelalter war die Ansicht vorherrschend, daß Corporationen delictsfähig seien, wie natürliche Personen, und daß sie daher auch der Strafe unterworfen seien. Vgl. Gierke III S. 234 fg. 342 fg. 402 fg. 491 fg. 677. 738 fg.

nicht bejaht werden[9]; es hat sich aber für ihre Bejahung eine überwiegende Praxis ausgesprochen[10].

C. Entstehung*

§ 60.

Nach der Entstehung des Staates hat die Theorie des Civilrechts nicht zu fragen. Was zur Entstehung einer ruhenden Erbschaft gehört, folgt aus ihrem Begriffe. Stiftungen entstehen durch Aussetzung, Widmung, Hingabe von Vermögensmitteln zu einem bestimmten Zweck[1]. Personenvereinigungen sind juristische

[9] Ich habe in der 5. Auflage dieses Lehrbuchs den Versuch gemacht, nachzuweisen, daß die Quellen zwar keine Bejahung, aber auch keine Verneinung der aufgeworfenen Frage enthalten. Ich gebe diesen Versuch jetzt auf. Es kommen außer l. 15 § 1 D. de dolo 4. 3 und l. 4 D. de vi 43. 16 auch l. 78 § 2 de leg. II° 31 und l. 17 § 2 D. de damno inf. 39. 2 in Betracht. Daß unter der in l. 9 § 1. 3 D. quod met. c. 4. 2 gegen eine Stadtgemeinde gewährten actio quod metus causa die actio in rem gegen den Bereicherten (l. 9 § 8 eod.) zu verstehen sei, ist wohl allgemein anerkannt.

[10] S. Seuff. Arch. I. 166 (Dresden), II. 54, III. 326 (Cassel), IV. 119, V. 281, X. 164, XXIV. 208, XXV. 181 (München, vgl. II. 159), V. 174, VI 199 (Jena, vgl. XXXIV. 214), V. 281, XV. 26, XXXIV. 88, XXXV. 287 (Celle, abweichend XIII. 140), VII. 150 (Darmstadt), VIII. 53 (Mannheim), X. 165, XXI. 237, XXIII. 139, XXV. 119. 244 (Wolfenbüttel, abweichend XXX. 249), XVII. 145 (Spruchcollegium zu Heidelberg für Jena), XIX. 46 (Oldenburg), XXV. 128 Lübeck). Entscheid. des ROHG. VIII S. 201 fg. (Seuff. Arch. XXVIII. 5), XII S. 78, XVIII S. 136, XXIV S. 311. In diesen Erkenntnissen wird zwar theilweise die juristische Person nur wegen culpa in eligendo für haftbar erklärt, aber doch jedenfalls wegen culpa ihrer Vertreter. Abweichend das Berliner Obertribunal 2/10 77 (Seuff. Arch. XXXIII. 304). Das Reichsgericht hat in einer Entscheidung 13/7 81 (bei Fenner u. Mecke Arch. II S. 334) anerkannt, daß „juristische Personen, insbesondere auch Actiengesellschaften" aus den widerrechtlichen Handlungen ihrer Beamten haften. Die Haftung des Staates aus den widerrechtlichen Handlungen seiner Beamten hat es 8/4 84, Entscheidungen XI S. 206, verneint, jedoch mit dem Hinzufügen, daß es unerörtert bleiben könne, ob der Staat nicht wegen culpa in eligendo hafte. In einer anderen Entscheidung in einer Preußischen Sache, 15/6 81, Seuff. Arch. XXXVII. 30, hat das Reichsgericht ausgesprochen, daß der Staat nicht für „Versehen seiner Beamten dieser Art" aufzukommen verpflichtet sei. Vgl. auch Loening a. a. O. S. 77 fg., Rocholl a. a. O S. 345 fg.

* Brinz 1. Aufl. S. 1063—1098, Gierke III S. 81 fg. 96. 143 fg.

[1] „Gestiftet" kann werden durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder auf Todesfall, durch eine einzelne Person oder durch Zusammenwirken Mehrerer (z. B. es wird für irgend einen Zweck gesammelt). § 60.

Personen (Corporationen), wenn sie es sein wollen, d. h. wenn sie wollen, daß das Subject des von ihnen zusammengebrachten, zusammenzubringenden, zu erwerbenden Vermögens nicht die Einzelnen als solche sein sollen, sondern ihre gedachte Einheit.

Vielfach wird aber behauptet, das für die Entstehung der Corporationen, abgesehen von den Gemeinden, und der Stiftungen noch etwas Anderes erforderlich sei, nämlich Verleihung der Rechtsfähigkeit, der juristischen Persönlichkeit, durch einen besonderen Act der Staatsgewalt. Man geht dabei von dem richtigen Satze aus, daß die Rechtsfähigkeit eines jeden Subjectes Anerkennung durch die Rechtsordnung voraussetze. Diese Anerkennung, gibt man zu, könne möglicherweise auch in einer von der Rechtsordnung ein für alle Mal aufgestellten Regel enthalten sein, und so sei es bei der natürlichen Person (dem Menschen), bei dem Staate (dem Fiscus), den politischen und kirchlichen Gemeinden, der ruhenden Erbschaft. Dagegen wird nicht zugegeben, daß es sich nach gemeinem Rechte in derselben Weise auch bei Stiftungen und den willkürlichen Personenvereinigungen verhalte; für diese, wird behauptet, müsse die Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit in jedem einzelnen Fall von der Staatsgewalt eingeholt werden[2]. Diese

[2] Was die Stiftungen angeht, ist diese Frage namentlich bei Gelegenheit des Städel'schen Erbfalles verhandelt worden. Vgl. darüber III § 549 Num. 2 und die dort Citirten. S. ferner Stobbe I § 62 Note 5 und Citate das., Roth I § 73 Note 15. Die Verleihung der Rechtsfähigkeit erklären bei den Stiftungen für überflüssig: Elvers Erörterungen aus der Lehre von der testam. Erbfähigkeit jur. Personen S. 159 fg. (1827), Northoff die Gültigkeit der Erbeseinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung S. 93 fg. (1883), Puchta Pand. § 28 u. krit. Jahrb. VIII S. 705—712, Arndts Pand. § 46 u. Rechtslexicon III S. 915. 916, Beseler deutsch. Privatr. § 67. 72, Bluntschli deutsch. Privatr. § 45, Demelius Jahrb. f. Dogm. IV S. 139—146, Randa Arch. f. deutsch. Wechselr. XV S. 21 fg., Brinz 1. Aufl. S. 1069 fg., Gutachten der Juristenfacultät in Tübingen vom 2. Juni 1869 im Württemb. Arch. f. R. u. RVerwltg. XIV S. 67 fg., Böhlau Rechtssubject und Personenrolle S. 26 fg., Dernburg § 63, vgl. auch Kierulff S. 150—152. Personenmehrheiten erkennen als juristische Personen auch ohne specielle Verleihung der Rechtsfähigkeit (Ertheilung von „Corporationsrechten") folgende Schriftsteller an: Beseler deutsch. Privatr. § 67, Bluntschli deutsch. Privatr. § 34, Schüler in Jur. Abhandlungen u. Rechtsfälle von Ortloff ꝛc. I Nr. 5 § 8, Unger krit. Ueberschau VI S. 148—156, Fitting krit. Vierteljahrschr. I S. 585. 586 und in der Schrift: die rechtlichen Verhältnisse am Stadtschießgraben (Halle 1866)

Ansicht ist jedoch nicht zu billigen. Allerdings findet sich im römischen Rechte die Regel, daß den bezeichneten Klassen der juristischen Personen auch ohne besondere Verleihung Rechtsfähigkeit zukomme, nicht ausdrücklich ausgesprochen: aber ausdrücklich ausgesprochen wird die Regel der Rechtsfähigkeit auch nicht für andere juristische und nicht für die natürlichen Personen; sie wird hier wie dort vorausgesetzt[3]. Zu unterscheiden ist übrigens von der

S. 80 vgl. S. 83. 84, Demelius Jahrb. f. Dogm. IV S. 137 fg., Arndts § 44, Randa Arch. f. deutsch. Wechselr. XV S. 17 fg, Brinz 1. Aufl. S. 1063 fg., Böhlau a. a. O., Schuster in Grünhut's Zeitschr. IV S. 558 fg., Dernburg § 63. Ueber die entgegengesetzte Ansicht vgl. namentlich Mühlenbruch a. a. O., Savigny II § 89, Pfeifer § 13—15. 44, Roth Jahrb. f. Dogm. I S. 205 fg., Salkowski (§ 58 Note 3) S. 19 fg., Roth I § 72, Sintenis I S. 107—110, Vangerow I § 60 Anm. a. E., Stobbe I S. 341 (4. Aufl. S. 410) (hier auch fernere Citate). Seuff. Arch. I 314 S. 329; XIV. 199; XI. 9, XII. 58, XIII. 206, XVIII. 4, XXVII. 5, XXXIII. 1. 104, XXXV. 93. Weitere Mittheilungen über die Praxis gibt für Personenvereinigungen v. Sicherer in der § 58 Note 5 a. E. citirten S. 40 fg. (Die Praxis ist der hier vertretenen Meinung nicht günstig.) Dogmengeschichtliches: Gierke III S. 206 fg. 287 fg. 368 fg. 436 fg. 724 fg. 757 fg. — Es lassen aber die Vertheidiger der hier zurückgewiesenen Meinung (wenigstens die meisten) auch stillschweigende Verleihung der juristischen Persönlichkeit zu, und finden dieselbe wohl gar in jeder staatlichen Genehmigung (s. den Text im Verfolg). — HGB. Art. 208 Abs. 1. „Actiengesellschaften können nur mit staatlicher Genehmigung errichtet werden". Diese Bestimmung ist aber aufgehoben worden durch das Reichsges. 11/6 70 § 1 Art. 174. 178. 208. 211. § 2. (Reichsges. 18/7 84 Art. 175. 178. 209. 211.) Ebenso sieht von dem Erforderniß staatlicher Genehmigung ab Reichsges. 4/7 68 über die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften § 4. 11. Für die gewerblichen Innungen verlangen die Reichsgewerbeordnung 21/7 69 (§ 97 fg.) und das Reichsges. 18/7 81 Genehmigung der Statuten durch die Verwaltungsbehörde, für die eingeschriebenen Hülfscassen verlangt das Reichsges. 7/4 76 (§ 4) Zulassung durch die Verwaltungsbehörde auf Grund der genehmigten Statuten. S. auch Reichsges. 15/6 83 (betr. die Krankenversicherung der Arbeiter) § 24. 64, Reichsges. 6/7 84 (Unfallversicherungsges.) § 12. 15. 20.

[3] Die Ansicht, die Persönlichkeit der Stiftungen und Personenvereinigungen sei etwas nicht Natürliches, und deßwegen reiche bei ihnen eine andere als ausdrückliche Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit nicht aus, ist in keiner Weise haltbar. Die Persönlichkeit der Stiftungen und Personenvereinigungen beruht auf einer Vorstellung, welche dem Leben kaum weniger geläufig ist, als die Vorstellung von der Persönlichkeit des Menschen; und warum sollte das Recht die erstere nicht eben so einfach und ohne Weiteres acceptiren können, wie es dieß mit der letzteren unzweifelhaft thut? Vgl. auch § 59 Note 1a. Daß aber das römische Recht es mit den Anstalten zu frommen Zwecken und den

Verleihung der Rechtsfähigkeit die polizeiliche Genehmigung, welche zur Bildung eines Vereines und zur selbständigen Verwendung eines gewissen Vermögens nach dem besonderen Recht des betreffenden Staates erforderlich sein kann[4]. Und ferner ist es eine andere Frage, ob es sich nicht für die Gesetzgebung empfehle, wenigstens bei Personenvereinen die Anerkennung ihrer juristischen Persönlichkeit, wenn nicht an eine besondere Verleihung, so doch an eine öffentliche Constatirung der Thatsache, daß eine juristische Person und nicht eine Gesellschaft zu Stande gekommen sei, zu knüpfen. Dafür läßt sich sagen, daß es in einem gegebenen Falle sehr zweifelhaft sein kann, ob die Absicht der zusammentretenden Personen auf das Eine oder das Andere gerichtet ist, und doch die mit ihnen in Verkehr Tretenden ein äußerstes Interesse daran haben, über diesen Punkt im Klaren zu sein[5].

Personenvereinigungen wirklich in dieser Weise gehalten hat, wird man bei unbefangener Betrachtung der Quellen nicht leugnen können. Anstalten der genannten Art werden als Personen behandelt kraft ihrer bloßen Existenz, ohne daß das Erforderniß der Verleihung der juristischen Persönlichkeit irgendwie erwähnt würde, s. z. B. l. 23 C. de ss. eccl. 1. 2, l. 34 [35] C. de ep. et cler. 1. 3; ebensowenig wird es erwähnt in l. 45 [46] C. de ep. et cler., wo gerade von der Begründung einer solchen Anstalt die Rede ist, und wenn letztere Stelle nicht glossirt ist, so wird man ihr wenigstens unterstützende Kraft nicht absprechen dürfen. Auch daran darf man keinen Anstoß nehmen, daß das römische Recht nur von Anstalten zu frommen Zwecken spricht; es spricht von anderen nicht deßwegen nicht, weil es sie als juristische Personen nicht hätte anerkennen wollen, sondern weil es andere nicht vorfand. Vgl. übrigens auch Brinz S. 1075 fg. Was die Corporationen angeht, so waren bei den Römern nicht alle Personenvereinigungen erlaubt, aber daß die erlaubten, um als Personen anerkannt zu werden, noch einer besonderen Verleihung der Rechtsfähigkeit bedurft hätten, davon findet sich keine Spur. S. l. 1 § 1 D. quod cui. univ. 3. 4 (vgl. l. 1 pr. eod. u. l. 1—3 D. de colleg. 47. 22), l. 20 D. de reb. dub. 34. 5. Abweichend Gierke III S. 143 fg. Ueber die Geschichte der römischen Vereinsgesetzgebung vgl. Pernice Labeo I S. 299 fg., Cohn zum römischen Vereinsrecht S. 21 fg. 147 fg. (1873), Gierke III S. 80 fg.

[4] Auch in Ermangelung einer solchen Vorschrift muß der Richter jeder Personenvereinigung und jeder Stiftung seine Anerkennung versagen, welche einen unerlaubten Zweck verfolgt, und er wird seine Befugnisse nicht überschreiten, wenn er das Gleiche thut bei Frivolität des Zweckes. Vgl. II § 251 Note 3. § 314 Ziff. 3, III § 634 Ziff. 2. Bekker Jahrb. f. Dogm. XII S. 78 fg.

[5] Die in Note 2 a. E. erwähnten Reichsgesetze verlangen für die Actien-

Darüber, welche Zahl von Mitgliedern erforderlich sei, damit ein Personenverein als juristische Person in Betracht kommen könne, läßt sich aus der Natur der Sache eine allgemeine Regel nicht herleiten[6].

D. Ende*.

§ 61.

Die Frage nach dem Ende des Fiscus und der ruhenden Erbschaft erledigt sich durch sich selbst. Was dagegen

1) Corporationen angeht, so erreichen dieselben ihr Ende dadurch, daß die ihnen zu Grunde liegende Personenvereinigung wegfällt oder aufhört erlaubt zu sein. Das Letzte ist der Fall, wenn die nach dem Landesrecht erforderliche polizeiliche Genehmigung zurückgezogen wird[1]. Wegfall der Personenvereinigung tritt ein: a) durch Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen worden ist, und wenn sie eingegangen worden ist zur Erreichung eines bestimmt begrenzten Zweckes, durch Erreichung dieses Zweckes; b) durch gültigen Auflösungsbeschluß[2]; c) durch Aussterben oder Aus-

---

gesellschaften und die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften Eintragung des Gesellschaftsvertrages in das Handels- bez. Genossenschaftsregister und Veröffentlichung desselben im Auszuge.

[6] Nach l. 85 D. de V. S. 50 16 ist die Dreizahl erforderlich; aber diese Stelle will mehr einen Anhalt für die richterliche Beurtheilung, als eine absolute Vorschrift geben. Vgl. auch Arndts § 44 Anm. 2. Stobbe § 52 Note 1 weist darauf hin, daß nach dem Preuß. Berggesetz vom 24. Juni 1865 § 94 zwei Personen eine Gewerkschaft bilden können, und eine Gewerkschaft im Sinne des Preußischen Gesetzes eine juristische Person sei.

* Brinz 1. Aufl. S. 1137—1150.

[1] Mit der polizeilichen Genehmigung ist auch hier nicht zu verwechseln § 61. die Verleihung der juristischen Persönlichkeit. Wie die letztere zur Entstehung der Corporation als juristischer Person nicht erforderlich ist, so darf man auch nicht sagen, daß die Corporation durch staatliche Entziehung der juristischen Persönlichkeit ihre Endschaft erreiche. Durch einen Act der Gesetzgebung kann freilich, wie Alles, so auch das zum Recht gemacht werden, daß eine bestehende juristische Person nicht mehr Rechtssubject sei. Aber dieß meint man nicht, wenn man (z. B. Puchta § 28 a. E.) lehrt, daß die juristische Person auch durch Entziehung der Persönlichkeit von Seiten des Staates aufgehoben werde; man hat dabei einen Act derjenigen Behörde im Sinne, welcher der Staat die Befugniß, Privilegien zu ertheilen, übertragen hat.

[2] Der Inhalt eines solchen Beschlusses ist nicht, daß die Corporation aufhören wolle, Rechtssubject zu sein, sondern die Corporationsmitglieder

treten sämmtlicher Mitglieder. Jedoch hört in den beiden letzten Fällen die Corporation dann nicht auf, wenn ihr Zweck fortdauert, und die Aussicht, daß die Verfolgung desselben neue Träger finden werde, nicht abgeschnitten oder in unberechenbare Ferne gerückt ist[3].

2. Stiftungen hören auf a) dadurch, daß ihr Zweck unerlaubt oder seine Erreichung unmöglich wird; b) durch Ablauf der Zeit, für welche, und durch Eintritt der Bedingung, unter welcher sie gemacht worden sind; c) durch Wegfall ihres Vermögens, ausgenommen wenn die Aussicht auf Erneuerung derselben nicht abgeschnitten oder in unberechenbare Ferne gerückt ist[4].

§ 62.

Was das Schicksal des Vermögens der aufgehobenen juristischen Person betrifft, so steht zunächst fest, daß durch die Auf-

---

beschließen, auseinanderzugehen. Dieß gegen Puchta § 28. r und Rechtslexicon III S. 73, Sintenis I § 15 Anm. 31, vgl. Unger krit. Ueberschau VI S. 176—178. Daß zu einem solchen Beschluß Stimmeneinhelligkeit erforderlich ist, versteht sich von selbst. Ist Stimmeneinhelligkeit nicht vorhanden, so setzen die Verneinenden die Corporation fort, während es den Auflösenwollenden unbenommen ist, auszuscheiden.

[3] In l. 7 § 2 D. quod cui. univ. 3. 4 heißt es: „Sed si universitas ad unum rediit, magis admittitur, posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis". Vgl. über diese Stelle Gierke III § 6 Note 189. Aber Dasselbe ist auch zu sagen, „wenn z. B. in einer Stadt durch Seuchen alle Mitglieder einer Handwerkszunft kurz nach einander hinsterben". Savigny II S. 280. Vgl. l. 85 § 1 D. de R I. 50. 17. „Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt". Es ist, wie beim Verluste des Besitzes ein in contrarium agi erforderlich, l. 8 D. de A. v. A. P. 41. 2. Uebereinstimmend Puchta § 28. t, Arndts § 45 Anm. 1, vgl. auch Böhlau Rechtssubject und Personenrolle S. 40. A. M. Sintenis I § 15 Anm. 29, Brinz S. 1147, Stobbe S. 359 (2. Aufl. S. 436), Dernburg § 64 Note 2. Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 433 fg. nimmt nicht Fortdauer der Corporation (des Rechtssubjects), sondern Fortdauer dessen, was er die passiven Wirkungen der Rechte nennt, ohne Rechtssubject an.

[4] Eine „der Stiftung" in diesem Augenblick gemachte Zuwendung ist nicht Begründung einer neuen Stiftung. Es gilt hier das Gleiche, was in Note 3 für die Corporation gesagt worden ist. Uebereinstimmend Beseler § 72 Note 15, mit Unterscheidung Sintenis I § 15. II; a. M. Brinz S. 1137 fg., Stobbe § 62 Note 27.

hebung einer juristischen Person die Rechte, welche Einzelne an ihrem Vermögen haben, nicht beseitigt werden, und so namentlich auch nicht die Rechte der Mitglieder einer Corporation an dem Corporationsvermögen. Ist daher das Corporationsvermögen unter die Corporationsglieder seinem Geldwerthe nach vertheilt (§ 58), so dauert dieses Verhältniß auch nach der Auflösung der Corporation fort, und der Unterschied ist nur der, daß die Forderungsrechte der Mitglieder auf einen entsprechenden Theil des Corporationsvermögens jetzt geltend gemacht werden können. Abgesehen von diesem Fall ist zunächst darauf zu sehen, ob nicht über das künftige Schicksal des Vermögens der aufgelösten juristischen Person durch ihre Verfassung oder durch die Stiftungsverfügung[1] eine Bestimmung getroffen worden ist, und bei Corporationen, ob nicht die Corporation vor ihrer Auflösung darüber einen gültigen Beschluß gefaßt hat. Ist keines von Beiden der Fall, so fällt das Vermögen der juristischen Person als herrenlos an den Staat[2]. Ein gültiger Corporationsbeschluß der angegebenen Art setzt, wenn nicht Gesetz oder Statut Abweichendes bestimmen, voraus: 1) unter allen Umständen Einstimmigkeit[3]; 2) wenn das Vermögen der Corporation nicht bloß dem Privat-

[1] Präsumtiver Stiftungswille: l. 16 D. de usu et usufr. 33. 2, l. 6 [4] D. § 62. de adm. rerum 50. 8. Vgl. Brinz S. 1141; Stobbe § 62 Note 30 (29).

[2] Nach Analogie des für ein erbloses Vermögen gesetzlich Anerkannten (III § 570 Note 5). Brinz S. 1140, Stobbe S. 361. 425 (2. Aufl. S. 440. 519), Böhlau Rechtssubject und Personenrolle S. 51, Gierke III § 6 Note 191. Die Behauptung, daß das Vermögen der aufgelösten Corporation immer an ihre Mitglieder falle, ist ebenso irrig, wie die entgegengesetzte, daß dieß nie der Fall sei. Ersteres wird nicht bewiesen durch l. 3 pr. D. de colleg. 47. 22, welche Stelle von Vereinen handelt, die juristische Personen sein möchten, aber wegen Unerlaubtheit des Vereins nicht sind. Vgl. Unger krit. Ueberschau VI S. 178. 179, Arndts § 45 Anm. 6. Böhlau a. a. O. S. 41 fg. will die citirte Pandektenstelle von Vereinen verstehen, welche juristische Personen geworden sind, aber durch polizeiliche Auflösung aufgehört haben, es zu sein, und will für diesen Fall allerdings das Corporationsvermögen an die Mitglieder fallen lassen. Im Resultat übereinstimmend M. Cohn zum römischen Vereinsrecht S. 94 fg. (1873). Dawider Gierke III § 6 Note 190. Für die Vertheilung des Corporationsvermögens an die Mitglieder in Ermangelung von anderweitiger Bestimmung durch Gesetz oder Verfassung neuerdings Roth I § 72 Note 42.

[3] Nach dem § 59 Note 5a Gesagten. A. M. Stobbe § 54 Note 16 (17).

nutzen der Mitglieder zu dienen bestimmt ist, Staatsgenehmigung; 3) wenn es sich um ein Vermögen handelt, zu dessen Genuß nach einem gewissen Determinationsmodus aufeinander folgende Personen berufen sind, Autorisation der Gesetzgebung (§ 59).

Drittes Kapitel.

Entstehung, Untergang, Veränderung der Rechte.

I. Allgemeines.

Die Begriffe.

§ 63.

Ein Recht entsteht, geht unter, verändert sich — das will sagen: es ist derjenige Thatbestand zur concreten Verwirklichung gelangt, an welchen die Rechtsordnung das Sein, Nichtsein, Andersein des Rechts anknüpft. Man sagt von diesem Thatbestande, daß er das Recht erzeuge, aufhebe, verändere; das eigentlich Wirkende ist der an diesen Thatbestand angeknüpfte Spruch der Rechtsordnung[1].

Näher ist von dem Begriff der Veränderung zu handeln.

Veränderung der Rechte im Besonderen.

§ 64.

Ein Recht verändert sich: die Eigenschaften des Rechts sind andere geworden, seine Substanz ist dieselbe geblieben. Das will

§ 63. [1] Dieß wird theilweise verkannt in dem Sprachgebrauch, nach welchem zwischen gesetzlicher Entstehung ꝛc. des Rechts und Entstehung ꝛc. durch Willenserklärung unterschieden wird. Vgl. § 68 Note 1. — Die Ausdrücke Entstehung, Untergang, Veränderung des Rechts sind bildliche Ausdrücke, da das Recht nichts real Existirendes ist. Daß ich das, wie im Text geschehen, hervorgehoben habe, hat mir einst ein Recensent dieses Buches zum bitteren Vorwurf gemacht; jetzt wird es von Schloßmann der Vertrag S. 270 fg. als neue Entdeckung gepriesen, und seine Nichtbeachtung den Juristen strafend vorgehalten. Neuerdings Zitelmann Irrthum und Rechtsgeschäft S. 200 fg., Schloßmann Grünhut's Zeitschr. VII S. 546 fg.

sagen: soweit die Veränderung nicht reicht, fährt Alles fort, von dem Rechte zu gelten, was bis dahin von ihm galt[1].

Eine Veränderung[2] kann mit den Rechten vorgehen sowohl in Betreff ihres Inhalts, als in Betreff ihres Subjects.

1. Der Inhalt[3] eines Rechts kann ein anderer werden entweder in quantitativer oder in qualitativer Beziehung. In quantitativer Beziehung: der jetzige Zustand des Rechts unterscheidet sich von dem früheren nur durch ein Mehr oder Minder, so z. B. wenn die Sache, an welcher Jemand Eigenthumsrecht hat, durch Anschwemmung einen Zuwachs erhält, wenn der Gläubiger zum Theil befriedigt wird. In qualitativer Beziehung: der in dem Recht enthaltene Rechtsbefehl erhält einen Inhalt anderer Art, so wird z. B. das Eigenthumsrecht durch seine Verletzung (§ 43), das Forderungsrecht auf Leistung einer individuellen Sache dadurch daß dessen Erfüllung dem Schuldner durch seine Schuld unmöglich wird, in ein Forderungsrecht auf Geldentschädigung verwandelt.

2. Veränderung der Rechte in Betreff ihres Subjects.

a. Wechsel des Subjects[4]. An die Stelle des bisherigen Subjects tritt ein anderes Subject. Bei obligatorischen Rechten kann nicht bloß das berechtigte, sondern auch das mit der Verbindlichkeit behaftete Subject wechseln. Die technische Bezeichnung für dieses Eintreten eines Subjects an die Stelle eines anderen ist (Rechts-) Nachfolge (Succession); das neu eintretende Subject ist der (Rechts-) Nachfolger (Nachmann, Successor), das bisherige der (Rechts-) Vorgänger (Vormann). — Nicht alle Rechte können ihr Subject wechseln; ihre Hauptanwendung findet die Rechtsnachfolge auf dem Gebiete des Vermögensrechts. Die vermögensrechtliche Nachfolge ist entweder Nachfolge in ein Vermögen als Ganzes (§ 42), und damit in alle einzelnen Bestandtheile des-

[1] Hierin liegt das praktische Interesse der Unterscheidung zwischen der Veränderung eines Rechts und der Entstehung eines neuen Rechts an Stelle eines früheren. § 64.

[2] Vgl. „über Rechtsverwandlungen" v. Schey Grünhut's Zeitschr. VII S. 746 fg. VIII S. 110 fg.

[3] Vgl. Savigny III S. 4.

[4] Vgl. Savigny III § 105, Wächter I § 68. Württemb. Privatr. II § 79. 80, Unger II § 74

selben, oder eine Nachfolge in Vermögensstücke als einzelne — Gesammtnachfolge, Sondernachfolge (Universalsuccession, Singularsuccession)[5.6]

[5] Hasse Arch. f. civ. Pr. V S. 15 fg. — Die römischen Ausdrücke sind: succedere (successio) in universum ius, in omne ius, in ius (iuris successor), per universitatem (universitatis successio), in universa bona — in rem, in rei dominum, in singularum rerum dominum. Es findet sich auch ein Sprachgebrauch, nach welchem die Ausdrücke succedere etc. bloß von der Gesammtnachfolge gebraucht werden. Vgl. l. 3 § 1 D. de exc. rei vend. et tr. 21. 3, l. 37 D. de A. v. O. H. 29. 2, l. 3 pr. D. de B. P. 37. 1, l. 9 § 1 D. de edendo 2. 13, l. 1 § 13 D. quod leg. 43. 3, l. 24 § 1 D. de damno inf. 39. 2; l. 170 D. de V. S. 50. 16, l. 7 § 2 D. de cond. furt. 13. 1, l. 9 § 1 D. de edendo 2. 13. Hasse a. a. O. S. 40 fg., Savigny a. a. O. S. 17 fg. — Der Ausdruck succedere (successio) in locum ist nicht nothwendigerweise von der Rechtsnachfolge zu verstehen; er wird auch da gebraucht, wo Jemand mit einem neu entstandenen Rechte an die Stelle eines bisher Berechtigten tritt. Dernburg Arch. f. civ. Pr. XLI S. 3 fg. (Pfandrecht II S. 491 fg.).

[6] Der aufgestellte Begriff der Rechtsnachfolge ist in der neueren Zeit mehrfach angefochten worden, entweder für die Rechtsnachfolge überhaupt, oder doch für die Sondernachfolge, und zwar namentlich auf Grund der Auffassung, daß das Subject etwas zum Wesen des Rechts Gehöriges sei, und daher durch den Wechsel des Subjects das Recht ein anderes werden müsse. Hierher gehören: Kuntze die Obligation ꝛc. § 15—20, Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse ꝛc. S. 116 fg., v. Salpius Novation und Delegation S. 345 fg., Mansbach der Nießbrauch an Forderungen S. 14, Bierling zur Kritik der juristischen Grundbegriffe II S. 94. Kuntze behauptet, bei der Sondernachfolge dauere nicht das bisherige Recht fort, sondern es werde aus dem „Stoff" des bisherigen Rechts ein anderes geschaffen; Mansbach: ein aus demselben Stoff gegossenes Recht; ähnlich v. Salpius; auch nach der Ansicht von Neuner geht bei der Rechtsnachfolge nicht das Recht über, sondern nur der „Rechtsstoff". Daß aber der bezeichnete Ausgangspunkt ein irriger ist, ergibt sich schon daraus, daß ein Recht möglicherweise ohne alles Subject existiren kann (§ 49 Note 2). Allerdings ist dieß ein Satz, der weit davon entfernt ist, unbestritten zu sein (a. a. O. Note 3), und fragt man nach den Merkmalen, welche wirklich maßgebend seien für die Identität des Rechts, so steht man vor einer schwierigen und wohl noch nicht abschließend erörterten Frage. Vgl. über dieselbe außer den Bemerkungen in den früheren Ausgaben dieses Lehrbuchs Zitelmann Irrthum und Rechtsgeschäft S. 473 fg., Bekker Besitz S. 302 fg., v. Schey Grünhut's Zeitschr. VIII S. 153 fg., Weismann Hauptintervention S. 34 fg. Ich bin in Betreff dieser Frage im Wesentlichen noch immer der früher geäußerten Ansicht; doch kann sie, wie ich glaube, dahin gestellt bleiben. Denn wenn man darüber einverstanden ist, daß für den Rechtsnachfolger Alles wahr ist, was für den Rechtsvorgänger

b. Vervielfältigung des Subjects. Früher war nur ein Subject vorhanden, jetzt ist eine Mehrheit von Subjecten vorhanden. Mit der Vervielfältigung des Subjects kann ein Abtreten des bisherigen Subjects verbunden sein, z. B. der Gläubiger oder der Schuldner in einer theilbaren Obligation wird von einer Mehrheit von Personen beerbt; aber nothwendig ist dieß nicht, z. B. eine Sache wird zu einem ideellen Theile veräußert. Ferner: entweder wird bei der Vervielfältigung des Subjects die Identität des Rechts aufrechterhalten, oder das Recht theilt sich in eine Mehrheit für sich bestehender Rechte. (Beispiel: untheilbare — theilbare Obligation bei einer Mehrheit der Erben des Gläubigers oder des Schuldners)[7].

Abschwächung der Rechte.

§ 65.

Zwischen der Entstehung und dem Untergang der Rechte liegt ihre Existenz. Diese Existenz braucht keine volle, sie kann eine ab-

---

wahr war, und daß eben nichts sich geändert hat, als das Subject, so wird man zugestehen, daß es jedenfalls ein bequemer Ausdruck ist, zu sagen: das Recht sei dasselbe geblieben. (v. Schey a. a. O. S. 158: das Recht ist zwar ein anderes, wird aber von der Rechtsordnung behandelt wie das frühere.) Gegen Kuntze haben sich erklärt: Windscheid die Actio ꝛc S. 157—160, Bekker Heidelb. krit. Zeitschr. III S. 452—455, Arndts § 56 Anm. 2, Unger II § 74 Note 4, Gürgens Jahrb. f. Dogm. VIII S. 223 fg.; vgl. auch Hartmann die Obligation S. 153, v. Liebe der Besitz S. 114. 115. v. Salpius zieht aus seiner Auffassung die Consequenz, daß auch in der Novation eine Succession liege. Hiergegen H. Witte krit VJSchr. VIII S. 371 fg. Brinz (Jahrb. d. gem. R. III S. 31. 32) will zwar ebenfalls das Wesen der Rechtsnachfolge darein gesetzt wissen, daß das Recht des Nachfolgers aus dem Recht des Vorgängers geschaffen werde, ist dabei jedoch nicht der Ansicht, daß das Recht des Nachfolgers nicht dasselbe Recht sei, wie das des Vorgängers; aber diese Identität, meint er, finde nicht bloß bei der Rechtsnachfolge statt, sondern z. B. auch bei der Ersitzung. Vgl. auch Pand. 2. Aufl. I S. 244. 563. 595. Wie Brinz, abgesehen von dem über die Ersitzung Bemerkten, Esmarch Vacuae possessionis traditio (1873) S. 3 fg. Dafür, daß in der Ersitzung eine Rechtsnachfolge liege, neuerdings Bolze Begriff der jur. Person S. 24, v. Schey Grünhut's Zeitschr. VIII S. 160 fg.; dawider Czyhlarz Grünhut's Zeitschr. VI S. 626 fg. Vgl. hierüber § 175 Note 4.

[7] Vgl. zu dem Gesagten Steinlechner in der § 51 Note * citirten Schrift S. 43 fg.

geschwächte sein[1]. Die Fälle, welche hierher gehören, sind von sehr verschiedener Art. Ein Hauptfall ist der des Bestehens eines Anspruchs mit anhaftender Einrede[2], welchem Fall sich der Fall der natürlichen Verbindlichkeit anschließt[3]. Ein anderer Fall ist der des Ruhens der Rechte[4]: das Recht ist in einer Lage, in welcher es seine Wirksamkeit nicht entfalten oder nicht voll entfalten kann; aber diese Lage kann sich ändern, und dann ist das Recht in voller Wirksamkeit vorhanden, ohne daß es neu erzeugt zu werden braucht[5]. Fernere Fälle sind: das Recht ist nur für eine bestimmte Person vorhanden, im Uebrigen nicht[6]; oder das Recht wirkt in sachlicher Beziehung nur nach einer bestimmten Seite[7], oder nach einer bestimmten Seite nicht[8].[9]

§ 65. [1] In Folge unvollständiger Entstehung oder in Folge unvollständigen Untergangs.

[2] S. § 47.

[3] S II § 287—289.

[4] Der Ausdruck kommt vor bei Gai. IV. 78.

[5] Beispiele: das Eigenthum an einer Sache, welche als Bestandtheil in eine andere Sache eingefügt worden ist (§ 188 Note 10—13, § 189 Note 4). Die actio noxalis, wenn der Gläubiger Eigenthümer des Sclaven ꝛc. wird, durch welchen sie begründet worden ist, nach der Ansicht der Proculianer (Gai. IV. 78, vgl. § 6 I. de noxal. act. 4. 8). Väterliche Gewalt bei der ersten und zweiten Mancipation (Gai. I 32. II. 141, Coll. XVI. 3 § 7; Gai. I. 135. Vgl. Bechmann Postliminium S. 20 fg.). Das Inhaberpapier oder der Wechsel (WO. Art. 10, Kuntze Wechselr. S. 84. 86) in der eigenen Hand des Schuldners. Die Grunddienstbarkeit, wenn der Grundeigenthümer, nachdem in seiner Hand das Eigenthum des herrschenden und des dienenden Grundstücks zusammengekommen sind, die Dienstbarkeit im Grundbuche nicht löschen läßt. Der Fall der l. 31 D. de S. P. R. 8. 3. Die Grunddienstbarkeit nach Dereliction des herrschenden Grundstücks (§ 215 Note 3). Die Vormundschaft über einen Geisteskranken im lichten Zwischraum, l. 6 C. de cur. fur. 5. 70. Theilweises Ruhen des Rechts: Pfandrecht an der eigenen Sache (§ 248 Note 26 fg.).

[6] Hierher gehört der Fall der Confusion, wenn das confundirte Recht (Recht an fremder Sache oder Forderung) einem anderen Rechte unterworfen ist. Vgl. § 205 Note 4, § 206 Note 10, § 215 Note 10, § 219 Note 8, § 248 Note 11. 12. Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 450 nimmt Fortdauer der Dienstbarkeit trotz der Confusion auch in dem Fall an, wo das herrschende Grundstück einem Recht an fremder Sache unterworfen ist, wohl mit Recht; aber für seine Annahme, daß in diesem Falle wegen des Rechts des Dritten an dem herrschenden Grundstück die Dienstbarkeit auch für den Eigenthümer fortdauere, sehe ich keinen Grund.

Erwerb und Verlust der Rechte.

§ 66.

Erwerb eines Rechts ist Verknüpfung des Rechts mit einem bestimmten Subject; Verlust eines Rechts ist Lostrennung des Rechts von dem Subjecte, mit welchem es bisher verknüpft war.

Erwerb eines Rechts ist nicht nothwendigerweise Entstehung desselben. Er wäre es, wenn es keine Rechtsnachfolge gäbe; aber der Rechtsnachfolger erwirbt ein Recht, ohne daß es jetzt erst entstünde. In gleicher Weise ist der Verlust, welcher den Rechtsvorgänger betrifft, nicht Untergang des Rechts[1].

Der Rechtserwerb, welcher sich durch Rechtsnachfolge vollzieht, bildet eine Art des abgeleiteten Erwerbes. Unter abgeleitetem Erwerb versteht man jeden Erwerb, welcher sich auf ein bereits bestehendes Recht stützt, bei welchem das erworbene Recht von einem bestehenden abgeleitet wird. Außer dem Erwerbe durch Rechtsnachfolge gehört auch der Fall hierher, wo aus einem vorhandenen Recht ein Recht anderer Art erzeugt wird, z. B. aus dem Eigenthumsrecht eine Dienstbarkeit[1a]. Derjenige, von dessen

---

[7] Z. B. die Ehe zwischen dem Freilasser und der Freigelassenen, wenn die letztere sich scheidet; dieselbe ist zwar im Uebrigen aufgelöst, verhindert aber die Freigelassene an der Wiederverheirathung und der Rückforderung der Dos, l. 11 pr. D. de divort 24. 2. S. auch l. 6 eod.

[8] Die Freilassung eines Sclaven, welcher einem fremden Nießbrauch unterworfen ist, soll nach l. 1 § 1 C. comm. de manum. 7. 15 den Sclaven zwar frei machen, aber den Nießbrauch nicht beseitigen (vgl. Ulp. I. 19).

[9] Jhering Jahrb. f. Dogm. X. 8 (1871) stellt statt der Kategorie: Recht mit abgeschwächter Existenz die andere auf: Recht ohne active, mit bloß passiver Wirkung, unter welcher passiver Wirkung Jhering den Zustand der Gebundenheit des Rechtsobjects, Person oder Sache, versteht. Ich halte diese Kategorie für zu enge, und theilweise für nicht genügend selbst gegenüber den auch von Jhering genannten Rechtserscheinungen, wie das in Betreff des Pfandrechts an eigener Sache Jhering selbst nicht bestreitet. Jhering stellt übrigens unter seine Kategorie, wie nicht alle oben erwähnten Rechtserscheinungen, so auch andere, als die erwähnten, und namentlich das bedingte und das befristete Recht. S. darüber § 89 Note 13a. S. ferner III § 531 Note 8. Jhering's Auffassung hat sich angeeignet Zrodlowski röm. Privatr. II S. 163.

[1] Ein anderer Grund, warum Erwerb und Entstehung, Verlust und Untergang des Rechts nicht nothwendigerweise zusammenfallen, liegt in der Möglichkeit des subjectlosen Bestehens der Rechte. § 66.

[1a] Exner Tradition S. 1—4. Kritik des Pfandrechtsbegriffes S. 53 fg.

Recht das erworbene Recht abgeleitet wird, heißt der Rechtsurheber[2]. Den Gegensatz gegen den abgeleiteten Erwerb bildet der selbständige Erwerb[3].

Die juristischen Thatsachen.

§ 67.

Die einzelnen Momente der Thatbestände, auf Grund deren sich die Entstehung, der Untergang und die Veränderung der Rechte vollzieht, sind die juristischen Thatsachen. Ein Thatbestand kann aus einer einzelnen Thatsache bestehen, er kann aber auch durch ein Zusammensein mehrerer Thatsachen gebildet werden. In dem letzteren Falle können die den Thatbestand bildenden Thatsachen auch der Zeit nach auseinanderfallen, entweder möglicherweise (z. B. die beiden einen Vertrag ausmachenden Willenserklärungen), oder nothwendigerweise (so setzt z. B. die Ersitzung voraus einmal eine gewisse Art der Besitzerlangung, sodann eine gewisse Dauer des so erlangten Besitzes)[1].

Die juristischen Thatsachen können nicht bloß positiver, sondern auch negativer Art sein. Eine Unterlassung z. B. kann sowohl rechtliche Folgen haben, wie ein Thun.

Ob einer Thatsache rechtliche Wirkung zukomme oder nicht, und welche ihr zukomme, braucht nicht nothwendigerweise sogleich mit ihrem Wirklichwerden entschieden zu sein; möglicherweise kann dafür erst eine spätere Gestaltung der Verhältnisse entscheidend

---

stellt auch diesen Fall unter den Begriff der Rechtsnachfolge. Zustimmend Bekker krit. VJSchr. XV S. 535. 541.

[2] Auctor. L. 175 § 1 D. de R. I. 50. 17 (vgl. l. 54 l. 177 pr. eod.). Der Ausdruck wird vorzugsweise bei der Sondernachfolge gebraucht; vgl. jedoch l. un. C. Hermog. de success. 12.

[3] Die hergebrachten Ausdrücke sind: derivativer — originärer Erwerb. Der letztere Ausdruck ist hier durch den Ausdruck: selbständiger Erwerb in dem Sinne wiedergegeben worden, daß der Erwerb ein Erwerb ist, der seine origo in sich selbst trägt.

§ 67. [1] Vgl. Jhering Geist des röm. R. III S. 143 fg. (2. u. 3. Aufl. S. 149 fg.), und namentlich Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 139 fg. (1871). Ueber den Inhalt dieses Aufsatzes, soweit er hier einschlägt, hat Köppen selbst berichtet in seiner Schrift über den Fruchterwerb des bonae fidei possessor S. 17 fg. (deren Citate sich aber auf einen anders paginirten Separatabdruck jenes Aufsatzes beziehen).

sein. In diesem letzteren Falle ist einstweilen ein Zustand der Ungewißheit oder der Schwebe vorhanden[2].

Die juristischen Thatsachen äußern die ihnen zukommende rechtliche Wirkung regelmäßig nur für die Zeit, welche nach ihnen kommt, für die Zukunft. Es kommt jedoch auch vor, daß das Recht einer Thatsache Wirkung beilegt auch für die hinter ihr liegende Zeit, für die Vergangenheit, d. h. daß es vorschreibt, es solle Alles so gehalten werden, als sei die erst jetzt eingetretene rechtliche Wirkung bereits früher eingetreten oder vorhanden ge-

---

[2] Die Quellen sagen in einem solchen Falle: pendet, in pendenti, in suspenso est, entweder von dem Rechtsverhältniß (z. B. dominium l. 12 § 5 l. 25 § 1 D. de usufr. 7. 1, causa obligationis l. 20 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, servi status l. 86 § 2 D. de leg. I° 30), oder von der Thatsache selbst (z. B. traditio, stipulatio l. 14 § 1 D. de castr. pec. 49. 17, alienatio l. 3 § 5 D. de statulib. 40. 7, mutui datio l. 8 D. de R. C. 12. 1, actus l. ult. D. comm. praed. 8. 4). In einem solchen Falle ist aber die Thatsache nicht nothwendigerweise aller sofortigen Wirkung bar; sie kann möglicherweise schon jetzt, wenn auch nicht die ihr an und für sich zukommende, doch eine andere Wirkung äußern. So wird in Folge der bedingten Willenserklärung das übertragene Recht nicht eher erworben, bis die Bedingung erfüllt ist; aber jedenfalls ist der Uebertragende sofort gebunden, er kann den Erwerb des Rechts für den Fall der Erfüllung der Bedingung nicht mehr verkümmern (§ 89). Nur wo dieses Verhältniß stattfindet, hat der Begriff des zukünftigen Rechts rechtliche Bedeutung, während im Uebrigen das zukünftige Recht einfach ein Nichtrecht ist (vgl. Unger II S. 7. 8). Dieses Verhältniß ist es auch, auf welches sich der von Fitting über den Begriff der Rückziehung (1856) aufgestellte Begriff der „Vorwirkung" bezieht. Vgl. zu der genannten Schrift die Anzeigen von Windscheid in der Heidelb. krit. Zeitschr. IV S. 35 fg. und v. Scheurl in der krit. Ueberschau V S. 24 fg., ferner Arndts § 57 Anm. 2, Vangerow I S. 555. 556 der 7. Aufl., und über das Verhältniß selbst namentlich auch Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 458 fg. und Köppen in dem in der vorigen Note citirten Aufsatz S. 163 fg. 334 fg. und in der Schrift über den Fruchterwerb des bonae fidei possessor S. 25 fg. 51 fg. In dem Aufsatze Köppens wird für Rechtsgeschäfte auch der entgegengesetzte Fall, wo das Rechtsgeschäft einstweilen noch gar keine Wirkung erzeugt hat, in nähere Betrachtung gezogen: Köppen spricht in diesem Falle von einem unfertigen Rechtsgeschäft, im Gegensatz zum unfertigen Rechtsverhältniß. Die Ansicht Köppen's darüber, wann der eine und wann der andere Fall eintrete, ist complicirt; vgl. darüber seine eigene Mittheilung in der Schrift über den Fruchterwerb des bonae fidei possessor S. 20, und aus dem ersten Aufsatz S. 155 fg. 219 fg. 238 (159). 256. 262. Neuerdings: Karlowa das Rechtsgeschäft S. 12 fg.

wesen[3]. In einem solchen Falle sagt man, daß die Thatsache rückwirkende Kraft habe, oder auch, daß sie zurückbezogen werde[4].

Es kommt vor, daß das Recht die Wirkung einer Thatsache nicht direct, sondern mit Hinweisung auf eine andere der Wirklichkeit nicht entsprechende Thatsache bestimmt. Es schreibt vor, eine Thatsache solle diejenige Wirkung haben, welche vorhanden sein würde, wenn Etwas wäre, was nicht ist, oder Etwas nicht wäre, was ist. In Fällen dieser Art spricht man von einer Fiction[5].

[3] L. 193 D. de R. I. 50. 17. „Omnia fere iura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes extitissent". L. 138 pr. eod., l. 54 D. de A. v. O. H. 29. 2. — L. 44 § 1 D. de leg. I° 30: — „ubi legatarius non repudiavit, retro ipsius fuisse videtur (sc. res legata), ex quo hereditas adita est; si vero repudiaverit, retro videtur res repudiata fuisse heredis". L. 86 § 2 eod. L. 35 ad leg. Aq. 9. 2: „retro accrevisse dominium ei videtur". — L. 25 § 1 D. de usufr. 7. 1: „retro fructuarii fuisse". L. 43 § 2 D. de A. R. D. 41. 1. — L. 19 § 3 l. 20 D. de castr. pec. 49. 17. — Vgl. l. 3 § 5 D. de statulib. 40. 7: pendebit praecedentis summae alienatio, sic tamen ut non retro fiant nummi accipientis". L. ult. D. comm. praed. 8. 4: „cum . . postremus cedat, non retro acquiri servitus videtur". L. 17 § 2 D. de furt. 47. 2 (II § 394 Note 2).

[4] L. 7 pr. C. ad SC. Mac. 4. 28: — „cum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahatur, et confirmet ea quae ab initio subsecuta sunt". L. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16: — „confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit, sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt". In l. 11 § 2. 9 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 und l. 40 D. de m. c. don. 39. 6 wird von dem bestätigten nichtigen Rechtsgeschäft selbst gesagt: retro agitur, reducitur (insofern nämlich die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts eigentlich neuer Abschluß desselben ist). In l. 15 D. de reb. dub. 34. 5 heißt es im Allgemeinen: res retro ducitur. — Vgl. über dieses Verhältniß die in Note 2 citirte verdienstliche Schrift von Fitting und die daselbst genannten Anzeigen derselben. Ferner Köppen an den in Note 1 genannten Orten S. 154 fg. 163 fg., Zimmermann stellvertretende Negotiorum Gestio S. 192 fg., v. Scheurl Beiträge II S. 194 (vgl. unten § 91 Note 1 Nr. 3).

[5] Das römische Recht liebt den Gebrauch der Fictionen besonders. So heißt es in der Formel der Arrogation (Gell. Noct. Att. V. 19. 9), der Arrogirte solle in dieselbe rechtliche Lage kommen, als wäre er vom Arrogirenden erzeugt. Statt zu sagen, daß der römische Bürger durch feindliche Gefangenschaft, obgleich er Sclave werde, seine Rechte nicht verliere, sagt das römische Recht: er sei, möge er aus der Gefangenschaft heimkehren oder in derselben

§ 68.

Eine Uebersicht über die verschiedenen juristischen Thatsachen gewährt folgende Betrachtung. Einen vorzugsweise wichtigen Grund der Entstehung des Untergangs und der Veränderung der Rechte bilden

1) die darauf gerichteten Privatwillenserklärungen; man nennt sie Rechtsgeschäfte. Ihnen stehen gegenüber

2) die Willenserkärungen des Richters und anderer Organe der staatlichen Thätigkeit und

3) alle anderen Thatsachen. In diesem letzteren Falle spricht man von einer gesetzlichen Entstehung 2c. der Rechte[1].

Nicht alle juristischen Thatsachen erheischen und gestatten eine allgemeine Betrachtung, wie sie hier allein angestellt werden kann und darf. Einer solchen allgemeinen Betrachtung sind nur folgende juristische Thatsachen zu unterwerfen:

1) die Rechtsgeschäfte (§ 69—100);

2) das unerlaubte Verhalten (§ 101);

3) der Ablauf der Zeit. Die Zeit kann aber nicht bloß selbst juristische Thatsache sein, sondern es kann auch eine andere Thatsache erst durch ihre zeitliche Beziehung zu einer juristischen werden.

---

sterben, anzusehen, als sei er nie in der Gefangenschaft gewesen, l. 12 § 6 l. 16. 18. 22 pr. D. de capt. 49. 15. Vgl. Demelius die Rechtsfiction in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung (1858) und dazu die Rec. von Arndts krit. VJSchr. I S. 93 fg. Jhering Geist des röm. R. III S. 284—292 (2. u. 3. Aufl. S. 293—301). Jahrb. f. Dogm. X S. 9 Anm. 12. Unger österr. Erbrecht § 7 Anm. 10. Bülow Arch. f. civ. Pr. LXII S. 1 fg. 50 fg. (1879). Leonhard In wie weit gibt es nach den Vorschriften der deutschen Civilprozeßordnung Fictionen? Berlin 1880. Kohler krit. VJSchr. XXII S. 355 fg. 369 fg. (1880). Bülow Arch. f. civ. Pr. LXIV S. 29 fg. (1881). Leonhard der Irrthum bei nichtigen Verträgen S. 209 fg. (1882). Bierling zur Kritik der juristischen Grundbegriffe II S. 85 fg. (1883).

[1] Die Vorstellung, welche dieser durchaus gebräuchlichen Bezeichnung zu Grunde liegt, ist: die Rechte entstehen 1) durch menschlichen Willen, 2) durch den Willen des Gesetzes. Es ist bereits bemerkt worden (§ 63) und liegt auf der Hand, daß auch in dem ersten Falle das Entscheidende nicht der menschliche Wille ist, sondern der Wille des Gesetzes, welcher jenen mit rechtlicher Wirksamkeit begabt hat. Daraus, daß es eben der menschliche Wille ist, welchen das Gesetz mit rechtlicher Wirksamkeit begabt, folgt nicht, daß, wie Karlowa das Rechtsgeschäft S. 4 fg. will, der menschliche Wille nicht lediglich die Voraussetzung oder Bedingung, sondern die causa efficiens der Rechtswirkung sei. Vgl. aus der jüngsten Zeit Zitelmann Irrthum und Rechts- § 68.

Insofern ist von der rechtlichen Bedeutung der Zeit überhaupt zu handeln (§ 102—113)[2].

Eine Lehre gibt es aber noch, welche sich auf die juristischen Thatsachen überhaupt bezieht, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; diese ist zum Schlusse darzustellen (§ 114—120).

II. Die Rechtsgeschäfte.

A. Begriff und Arten.

§ 69.

Rechtsgeschäft ist eine auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtete Privatwillenserklärung[1].

1. Das Rechtsgeschäft ist Willenserklärung. Es wird

---

geschäft S. 278 fg., Pernice Grünhut's Zeitschr. VII S. 472 fg., Bülow Arch. f. civ. Pr. LXIV S. 29. Der letztgenannte Schriftsteller kämpft gegen die Auffassung, daß der subjective Wille aus eigener Machtvollkommenheit rechtliche Wirkungen hervorbringe, mit Emphase und Entrüstung. Vgl. Stintzing kr. VJSchr. XXIII S. 510. Die Idee Karlowa's kehrt jetzt wieder bei Ryk in dem Aufsatz über den Irrthum „Juristische Abhandlungen, Festgabe für G. Beseler".

[2] Als Thatsache allgemeiner Bedeutung wird in den Lehrbüchern noch der Tod hervorgehoben, insofern nämlich als die Klagen aufgezählt werden, welche durch den Tod des Berechtigten oder Verpflichteten untergehen (s. z. B. Savigny V § 230, Puchta § 88, Arndts § 104). In dieser Beziehung ist zu bemerken: 1) wenn es im römischen Recht heißt, daß es actiones gebe, welche durch den Tod des Berechtigten oder Verpflichteten untergehen (vgl. z. B. § 1 I. de perpet. et temp. act. 4. 12), so sind diese actiones für uns Ansprüche (§ 44); 2) wenn man die Ansprüche aufzählen will, welche den Tod des Subjects nicht überdauern, so hat es keinen Sinn, dieß nicht für die Rechte überhaupt zu thun; 3) von einer Aufzählung der Rechte oder Ansprüche, welche den Tod des Subjects nicht überdauern, läßt sich ein Vortheil nicht absehen; es genügt die Bemerkung, daß es solche Rechte gibt, und, was das Nähere angeht, die Verweisung auf die besonderen Rechtslehren. Vgl. Windscheid die Actio ꝛc. § 5. — Ueber den s. g. concursus actionum s. § 121 Note 9.

§ 69. [1] Ueber die Definition des Rechtsgeschäfts herrscht kein Einverständniß unter den Schriftstellern. Der Begriff des Rechtsgeschäfts ist in der neueren Zeit ein Lieblingsthema der wissenschaftlichen Verhandlung geworden; die Literatur wächst immer mehr. Allein aus den Jahren 1875—1884 sind zu verzeichnen: Lotmar über die causa im Rechte S. 10 fg. (1875), Zimmermann stellvertretende Negotiorum Gestio S. 139 (1876), Eisele Compensa-

der Wille erklärt, daß eine rechtliche Wirkung eintreten solle, und die Rechtsordnung läßt diese rechtliche Wirkung deßwegen eintreten, weil sie von dem Urheber des Rechtsgeschäfts gewollt ist[1a].

tion S. 256 fg. (1876), Schloßmann Vertrag S. 129 fg. (1876), Karlowa Rechtsgeschäft S. 1 fg. (1877), Kohler Patentrecht S. 58 (1878), derſ. Jahrb. f. Dogm. XVI S. 331 fg. (1878), Eiſele krit. VJSchr. XX S. 6 fg. (1878), Thon Rechtsnorm und ſubjectives Recht S. 350 fg. (1879), Zitelmann Irrthum und Rechtsgeſchäft S. 229 fg. (1879), Pernice Grünhut's Zeitſchr. VII S. 465 fg. (1880), Schloßmann daſ. VII S. 543 fg. (1880), Bekker krit. VJSchr. XXII S. 44 fg. (1880), Kohler Jahrb. f. Dogm. XVIII S. 129 fg. (1880), Zrodlowski röm. Privatr. II § 60 (1880), Lenel Jahrb, f. Dogm. XIX S. 153 fg. (1881), Wach Arch. f. civ. Pr. LXIV S. 239 fg. (1881), Leonhard Irrthum S. 235 fg. (1883), Bechmann der Kauf II S. 1 fg. (1884). S. auch Bruns nachgelaſſene Pandektenfragmente, kl. Schriften II S. 452 fg., Dernburg § 91. Aus der Zeit vorher ſind zu erwähnen: v. Buchholtz juriſtiſche Abhandl. Nr. 9, Savigny III S. 5. 6, Sintenis I § 19 Anm. 1, Wächter Württemb. Privatr. II S. 634. 635, Unger II S. 40, Brinz 1. Aufl. S. 1388 fg. 1553 fg., Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 144 fg., Bekker daſ. XII S. 31 fg. Die Hauptdifferenzpunkte ſind im Folgenden bezeichnet. Man wird aber bei dem Streit über den Begriff des Rechtsgeſchäfts nicht vergeſſen dürfen, daß dieſer Begriff ein rechtswiſſenſchaftlicher Begriff iſt, d. h. ein Begriff, den die Rechtswiſſenſchaft zu ihren Zwecken aufſtellt, und daß daher Jeder, welcher an der rechtswiſſenſchaftlichen Arbeit Theil nimmt, befugt iſt, dieſen Begriff zu geſtalten, wie er es für zweckmäßig hält, vorausgeſetzt daß er in der Bezeichnung der zuſammengefaßten Denkelemente mit dem Ausdruck Rechtsgeſchäft nicht ſprachwidrig wird. Genau genommen ſollte man daher nicht ſagen: Rechtsgeſchäft iſt das und das, ſondern: unter Rechtsgeſchäft verſtehe ich das und das. S. auch Lotmar krit. VJSchr. XXV S. 424 fg.

[1a] Man darf nicht ſagen, daß das Rechtsgeſchäft eine Handlung ſei, welche in der Abſicht vorgenommen werde, eine beſtimmte rechtliche Wirkung hervorzurufen. Stehlen in der Abſicht, beſtraft zu werden, Körperverletzung in der Abſicht, eine Buße ſchuldig zu werden, iſt kein Rechtsgeſchäft. Das Rechtsgeſchäft iſt die Bethätigung der dem Privatwillen auf dem Rechtsgebiete zuſtehenden ſchöpferiſchen Kraft. Die Perſon gebietet, und das Recht eignet ſich ihr Gebot (vorbehaltlich der causae cognitio) an. — In der neueren Zeit ſucht ſich eine Anſicht geltend zu machen, welche leugnet, daß die Wirkung des Rechtsgeſchäfts die Folge des in demſelben ausgedrückten Willens ſei, dieſe Folge trete kraft der That des Rechts, nicht kraft des Willens des Urhebers des Rechtsgeſchäfts ein (Lotmar, Schloßmann, Kohler, Lenel, Bechmann). Man meint damit nicht etwa bloß, daß die eigentlich erzeugende Kraft der Wille des Rechts ſei, nicht der Wille der Perſon (§ 68 Note 1), ſondern man meint, daß der Grund, weßwegen das Recht die rechtliche Folge eintreten laſſe, nicht der ſei, daß die Perſon ſie wolle. Ich kann den Grün-

2. Das Rechtsgeschäft ist Privatwillenserklärung. Der Urheber des Rechtsgeschäfts handelt nicht kraft staatlicher Autorität[1b].

3. Das Rechtsgeschäft ist gerichtet auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung. Das letzte Ziel der Rechtsgeschäfte

---

den, welche man hierfür geltend gemacht hat, keine überzeugende Kraft zugestehen. a) Man hat sich darauf berufen, daß häufig im Rechtsgeschäft nur der thatsächliche wirthschaftliche Erfolg, nicht aber die dem wirthschaftlichen Erfolg entsprechende rechtliche Gestaltung vorgestellt und gewollt werde, diese rechtliche Gestaltung sei die Schöpfung des Rechts (so namentlich Lenel, Bechmann, welcher letztere den Ausdruck gebraucht, die rechtsgeschäftliche Absicht sei eine „empirische"). Aber dieser so bezeichnete Erfolg wird doch eben für das Recht, als einer, der nach dem Recht bestehen soll, gewollt; die zu diesem Zweck zu verwendenden Mittel werden dem Recht überlassen und sind insofern mit gewollt. Macht man aber geltend (so namentlich Bechmann), daß nach der Entscheidung unserer Quellen bei Vorhandensein der „empirischen" Absicht der ihr entsprechende rechtliche Erfolg auch dann eintrete, wenn der Urheber des Rechtsgeschäfts irrthümlich annehme, derselbe könne nicht eintreten, so z. B. wenn Jemand sich vom Eigenthümer, den er für den Nichteigenthümer halte, Eigenthum übertragen lasse (l. 9 § 4 D. de I. et F. I. 22. 6), so ist zu erwidern, daß es bedenklich ist, auf pathologische Fälle dieser Art eine Begriffsbestimmung zu gründen. Auch scheint mir von Bechmann nicht gehörig gewürdigt, daß in solchen Fällen die Absicht des Urhebers des Rechtsgeschäfts jedenfalls darauf gerichtet ist, daß eine Ordnung, nicht bloß ein thatsächlicher Zustand eintreten solle, und daß die Absicht auf das Eintreten einer rechtlichen Ordnung würde gerichtet worden sein, wenn dieses Eintreten für möglich erachtet worden wäre. Dieser eventuellen Absicht kommt das Recht zur Hülfe. Ist der Wille positiv darauf gerichtet, daß eine rechtliche Folge nicht eintreten solle, so läßt das Recht (abgesehen von dem Fall der Mentalreservation) sie auch nicht eintreten. Vgl. Bechmann S. 34. b) Man hat sich sodann darauf berufen, daß häufig das Rechtsgeschäft außer der gewollten rechtlichen Wirkung noch eine andere, nicht gewollte, erzeuge. Aber deßwegen ist es nicht weniger wahr, daß die gewollte rechtliche Wirkung eintritt, weil sie gewollt ist. c) Endlich hat man geltend gemacht, daß es vorkommen könne, daß die im Rechtsgeschäft als gewollt erklärte rechtliche Wirkung eintrete, obgleich ein Wille gar nicht (auch nicht ein Wille der zu a bezeichneten Art) vorhanden sei. Die Thatsache darf nicht bestritten werden (vgl. § 75). Aber daraus, daß in solchen Ausnahmefällen das Recht aus bewegenden Gründen den Schein des Willens der Willenswirklichkeit gleichstellt, folgt nicht, daß es bei Wirklichkeit des Willens die gewollte rechtliche Wirkung aus einem andern Grunde eintreten läßt, als weil sie gewollt ist. — Ist deßwegen, weil das Rechtsgeschäft Willenserklärung ist, jede Willenserklärung ein Rechtsgeschäft? Gewiß nicht. Der meinem Diener gegebene Befehl, meine Kleider zu reinigen, ist Willenserklärung, aber kein Rechtsgeschäft. Doch wird vielfach der Ausdruck Willenserklärung als gleichgeltend

ist immer die Entstehung, der Untergang, die Veränderung eines Rechts (oder eines Complexes von Rechten). Aber das Rechtsgeschäft braucht auf die Entstehung ꝛc. eines Rechts nicht unmittelbar gerichtet zu sein[1c].

4. Das Rechtsgeschäft ist auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtet. Daß die gewollte rechtliche Wirkung durch das Rechtsgeschäft wirklich hervorgebracht werde, und sofort hervorgebracht werde, gehört zum Begriffe des Rechtsgeschäfts nicht[1d]. —

Unter den Eintheilungen der Rechtsgeschäfte ist die wichtigste die in einseitige und zweiseitige. Entweder kommt das Rechtsgeschäft zu Stande durch die Willenserkärung Eines; oder es bedarf zu dem Rechtsgeschäft der Willenseinigung Mehrerer; näher: der von dem Einem erklärte Wille muß durch die Willenserklärung des Andern ergriffen und festgehalten werden. Das zweiseitige Rechts-

---

mit dem Ausdruck Rechtsgeschäft gebraucht, und dagegen ist auch, wo kein Mißverständniß zu fürchten ist, nichts einzuwenden.

[1b] Deßwegen ist namentlich das richterliche Urtheil, auch soweit es eine Verfügung enthält, kein Rechtsgeschäft. Vgl. Arndts § 63 Anm. 1, Eisele Compensation S. 256, Pernice Grünhut's Zeitschr. VII S. 470. Andererseits sind auch die völkerrechtlichen Verträge Rechtsgeschäfte, da die Contrahenten in ihnen ein privates Interesse vertreten.

[1c] So ist z. B. die Ertheilung einer Vollmacht ein Rechtsgeschäft, obgleich durch sie eine Veränderung in der Rechtswelt nicht unmittelbar hervorgebracht, sondern nur eine Thatsache mit einer rechterzeugenden Kraft begabt wird, deren sie an und für sich entbehrt. Vgl. übrigens auch Zitelmann S. 296 fg., Bechmann S. 43. Die gewollte rechtliche Wirkung wird regelmäßig die Rechtsverhältnisse der das Rechtsgeschäft Abschließenden betreffen; aber nothwendig ist dieß nicht. Z. B. Vermächtniß einer dem Erblasser nicht gehörigen Sache. Wächter Württemb. Privatr. S. 636 Note 4.

[1d] A. M. Köppen und Lotmar a. a. OO., Thon S. 358, Zrodlowski II § 60 Note 4. Ich sehe von dieser Einengung des Sprachgebrauchs keinen Vortheil, sondern nur Nachtheil. Wer möchte darauf verzichten, von einem nichtigen Rechtsgeschäft zu reden, oder das Testament vor dem Tode des Erblassers ein Rechtsgeschäft zu nennen? Vgl. auch Eisele krit. VJSchr. XX S. 6 fg, Kohler Grünhut's Zeitschr. VII S. 736, Leonhard Irrthum S. 296 fg. Zitelmann S. 285 fg. will sich helfen mit der Unterscheidung zwischen wirklichem und nicht wirklichem Rechtsgeschäft. — Umgekehrt soll nach Karlowa a. a. O. das Rechtsgeschäft mit der Hervorbringung der gewollten rechtlichen Wirkung seine „Existenz" oder seinen „Bestand" verlieren. Dagegen Zitelmann S. 302 fg.

geschäft heißt mit einem geläufigeren Ausdruck Vertrag[2]. Der Vertrag findet seine Anwendung auf dem gesammten Rechtsgebiet[3], nicht bloß im Obligationenrecht[4].

Außerdem werden die Rechtsgeschäfte unterschieden in entgeltliche und unentgeltliche[5], jenachdem sie für den Vortheil, auf dessen Gewährung sie gerichtet sind, eine Aufopferung auferlegen, oder nicht. Ferner in Rechtsgeschäfte unter Lebenden und von Todeswegen[6]; letztere sind diejenigen, welche bestimmt sind, die Rechtsverhältnisse des Erklärenden für die Zeit nach seinem Tode zu ordnen[6a]. Die Rechtsgeschäfte von Todeswegen pflegt man auch letztwillige Rechtsgeschäfte zu nennen, welche Bezeichnung aber genau nur für den Fall ist, daß das Rechtsgeschäft von Todeswegen frei widerrufen werden kann[6b].

Hervorzuheben sind endlich noch die Begriffe der Veräußerung und des Verzichts[7].

Von Veräußerung[8] wird in verschiedenem Sinne gesprochen.

---

[2] Pactio, conventio. L. 1 § 2. 3 D. de pactis 2. 14; vgl. l. 3 pr. D. de pollicit. 50. 12. Der Vertrag ist nicht bloße Willensübereinstimmung, er ist Willensvereinigung. Vgl. § 305 Note 2.

[3] Savigny III § 140. 141, Unger II § 93.

[4] Letzteres war die in früherer Zeit herrschende Ansicht. Sie hing damit zusammen, daß man nicht zwischen den verschiedenen Arten der Verbindlichkeiten unterschied, den Begriff der Verbindlichkeit mit dem der obligatio identificirte. Noch jetzt ist dieser Ansicht Vangerow (I § 311 Anm. 4. § 350 Anm. 1 Nr. 1, übrigens in der 7. Aufl. mit Beschränkung auf die „Verträge im eigentlichen Sinn"). Dawider Arndts § 63 Anm. 2.

[5] Ein anderer Ausdruck für den bezeichneten Unterschied ist: lästige und wohlthätige Rechtsgeschäfte. In den Quellen ist die Rede von einem Erwerbe ex causa lucrativa (z. B. l. 13 § 15 D. de A. E. V. 19. 1), freilich nicht auch von einem Erwerbe ex causa onerosa.

[6] Inter vivos — mortis causa, welche Ausdrücke quellenmäßig sind, s. z. B. l. 25 pr. D. de inoff. 5. 2. Vgl. Hasse Rhein. Mus. II S. 211–218.

[6a] Diese eigenthümliche Natur der Rechtsgeschäfte von Todeswegen wird besser durch den Ausdruck „von Todeswegen" oder „Todeshalber" als durch den sonst gebrauchten Ausdruck „auf Todesfall" bezeichnet. Vgl. übrigens III § 675 Note 1. Seuff. Arch. XXVII. 41.

[6b] Vgl. III § 538 Note 2, übrigens auch Hartmann über Begriff und Natur der Vermächtnisse S. 9.

[7] Alienatio; renuntiatio.

[8] Savigny IV § 145—148, Wächter I S. 332—335. Württemb. Privatr. II S. 638—643, Unger II S. 173—179.

Im engeren und eigentlichen Sinne versteht man unter Veräußerung ein Rechtsgeschäft, durch welches Jemand ein ihm zustehendes Recht auf einen Andern überträgt[9]. Im weiteren Sinne spricht man von Veräußerung auch da, wo ein Recht schlechthin aufgegeben wird, ohne daß mit dieser Aufgabe die Uebertragung auf einen Andern verbunden ist[10]. Die Veräußerung wird endlich auch in einem weitesten Sinne gefaßt, in welchem sie aus dem Kreise der Rechtsgeschäfte ganz ausscheidet; man versteht nämlich unter Veräußerung auch jede willentliche Herbeiführung des Verlustes eines Rechts, wenngleich das den Verlust Begründende etwas Anderes ist, als die Willenserklärung des Verlierenden[11]. In welchem Sinne der Ausdruck wirklich zu verstehen sei, bleibt für jede einzelne Rechtsregel, in welcher er vorkommt, zu untersuchen[12].

Verzicht[13] ist die Aufgabe eines Rechts schlechthin, also

---

[9] Der Uebertragung steht der Fall gleich, wo Jemand durch ein einem Andern bestelltes Recht sein Recht nur beschränkt, l. 7 C. de reb. al. 4. 51.

[10] L. 5 § 8 D. de reb. eor. 27. 9. „Fundum autem legatum repudiare pupillus sine praetoris auctoritate non potest; esse enim et hanc alienationem, cum res sit pupilli, nemo dubitat". Vgl. l. 28 pr. i. f. D. de V. S. 50. 16.

[11] L. 28 pr. D. de V. S. 50. 16. „Alienationis verbum etiam usucapionem continet: vix enim est, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutem". Dem ersten Theil der Stelle gibt eine engere Erklärung Savigny IV S. 567—570 (vgl. unten § 182 Note 14). S. ferner l. 5 § 6. 7 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 § 1 l. 4 D. quae in fraud. cred. 42. 8.

[12] So ist das Ausschlagen eines Vermächtnisses eine alienatio im Sinne der Rechtsregel, daß der Pupill ohne auctoritas tutoris nichts veräußern könne (l. 5 § 8 D. de reb. eor. 27. 9, vgl. II § 441 Note 6), keine alienatio im Sinne der Rechtsregel, daß der Gläubiger nichts in fraudem creditorum veräußern dürfe (l. 6 § 4 D. quae in fr. cred. 42. 8, vgl. II § 463 Note 7). Das Nichtunterbrechen einer bei Beginn der Ehe bereits laufenden Verjährung ist keine alienatio gegenüber dem Verbot der Veräußerung von Dotalgrundstücken (l. 16 D. de fundo dot. 23. 5), aber es ist eine alienatio für das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten, insofern wenigstens der Werth der Bereicherung zurückgefordert werden darf (l. 5 § 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1). S. auch l. 1 pr. in Verbindung mit l. 16 D. de fundo dot. 23. 5, und vgl. überhaupt Savigny IV Beil. IX, Bacher Arch. f. civ. Pr. XLVI S. 182 fg.

[13] Fritz im Arch. f. civ. Pr. VIII S. 389 fg. (1825). Gräbe die Lehre des Verzichtes (1843); s. darüber krit. Jahrb. f. d. RWissensch. 1845 S. 831—833.

gleich Veräußerung in der zuvor angegebenen zweiten Bedeutung; im weiteren Sinne des Wortes wird aber auch die Erklärung, ein Recht, dessen Erwerb möglich ist, nicht erwerben zu wollen, unter dem Verzicht mit begriffen. Darüber was zu einem bindenden Verzicht gehöre, läßt sich eine durchgreifende Rechtsregel nicht aufstellen[14].

B. Erfordernisse der Gültigkeit.

Einleitung.

§ 70.

Damit ein Rechtsgeschäft im Stande sei, die von ihm beabsichtigte Gestaltung der Verhältnisse herbeizuführen, muß es gewisse Erfordernisse an sich tragen. Trägt es diese Erfordernisse an sich, so ist es ein gültiges, fehlt ihm eines derselben, so ist es ein ungültiges Rechtsgeschäft. Von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte ist unten näher zu handeln (§ 82); jedoch ist schon gleich hier zum Verständniß des Folgenden zu bemerken, daß die Ungültigkeit entweder Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit ist. Nichtigkeit: das Rechtsgeschäft begründet gar nicht die von ihm beabsichtigte rechtliche Wirkung, so wenig als wenn es gar nicht abgeschlossen worden wäre; Anfechtbarkeit: das Rechtsgeschäft begründet zwar die von ihm beabsichtigte Wirkung, dieselbe wird existent, aber es kann ihr entgegengetreten werden.

Ueber die Erfordnisse der Gültigkeit der Rechtsgeschäfte ist hier zunächst eine Uebersicht zu geben. Damit von einem Rechtsgeschäfte überhaupt geredet werden könne, ist nöthig, daß eine auf die Entstehung, Beendigung oder Umänderung eines Rechts gerichtete Privatwillenserklärung vorliege. Das Recht erkennt aber nicht die Willenserklärungen aller Personen an; es schreibt nicht allen Personen Handlungsfähigkeit zu (§ 71). Die Willens-

Bacher Jahrb. f. Dogm. V S. 222 fg. (1861). Savigny IV S. 544—547, Wächter Pand. I S. 335—340. Württemb. Privatr. II S. 643—650, Sintenis I S. 220—223, Unger II S. 179—188, Holzschuher I § 12 Nr. 7—18.

[14] Doch läßt sich so viel sagen, daß regelmäßig zu einem bindenden Verzicht die bloße Willenserklärung des Verzichtenden nicht genügt. So ist beim Eigenthum körperliche Aufgabe (Dereliction) erforderlich (§ 191), in anderen Fällen Acceptation von der Gegenseite. Vgl. Brinz 1. Aufl. S. 1548 fg. Seuff. Arch. XXXII. 301.

erklärung muß ferner die gehörige äußere Beschaffenheit haben (§ 72). Damit steht die Frage in Verbindung, ob die Willenserklärung auch durch dritte Person erfolgen könne (§ 73. 74). Wenngleich ferner die Willenserklärung von Außen betrachtet allen gesetzlichen Anforderungen genügt, so kann doch möglicherweise das Rechtsgeschäft deßwegen ungültig sein, weil die abgegebene Erklärung nicht dem wirklichen Willen entspricht (§ 75—77), oder weil der wirklich vorhandene Wille durch ungehörige Motive bestimmt worden ist (§ 78—80), oder weil der Inhalt desselben dem Rechte nicht genehm ist (§ 81). —

Wenn eine rechtliche Bestimmung ein Rechtsgeschäft verbietet oder für dasselbe Etwas verlangt, so ist davon auszugehen, daß die Verletzung der Bestimmung Ungültigkeit zur Folge hat, wenngleich die Ungültigkeit nicht ausdrücklich angedroht ist[1]; es ist aber eine gegentheilige Auslegung nicht ausgeschlossen[1a].

Ein Rechtsgeschäft, durch welches das Gesetz umgangen wird, ist in derselben Weise ungültig, wie das direct gegen das Gesetz verstoßende[2].

1. Handlungsfähigkeit.

§ 71.

Unter (juristischer) Handlungsfähigkeit versteht man die vom Rechte gewährte Fähigkeit zum Handeln mit rechtlicher Wirkung; auf Rechtsgeschäfte angewandt[1] ist sie die Fähigkeit, durch Willens-

[1] L. 5 C. de legib. 1. 14; c. 64 de R. I. in VI° 5. 12. Seuff § 70. Arch. III. 258.

[1a] Namentlich ist es eine sehr nahe liegende Frage, ob nicht, wenn ein Gesetz auf die Vornahme eines Rechtsgeschäfts eine Strafe setzt, im Sinn des Gesetzes diese Strafe als einzige Folge der Uebertretung des Gesetzes angesehen werden muß. Allgemein darf diese Frage nicht bejaht werden. Vgl. aber z. B. die Reichsgewerbeordnung 21/6 1869 § 134. 139. 146. Reichsges. 8/6 71 § 1. 2. 6 (Mandry S. 194). Reichsges. 14/3 75 § 1. 16. 42. 49 (Mandry S. 188). Vgl. noch Reichsges. 24/5 80 Art. 3. StrGB. § 284. 285. 360 Nr. 14; § 301. 302; § 331—335. Entscheid. des RG. V S. 124 fg., VI S. 169 fg. (Seuff. Arch. XXXVII. 92. 210). — Man kann zweifeln, ob nicht die cit. l. 5 C. de leg. römischen und Landesgesetzen gegenüber die Auslegung verbietet. Ich halte diesen Zweifel nicht für berechtigt; jedenfalls ist er Reichsgesetzen gegenüber ausgeschlossen.

[2] L. 29. 30 D. de legib. 1. 3, l. 5 C. cit.

[1] Die Lehre von der Handlungsfähigkeit findet bei den Rechtsgeschäften § 71.

erklärung diejenige rechtliche Wirkung zu erzeugen, auf deren Hervorbringung die Willenserklärung gerichtet ist. Diese Fähigkeit erkennt das Recht nicht in allen Personen an; anderen gesteht es sie nur in beschränktem Maße zu[2].

1. Vollständig spricht das Recht diese Fähigkeit ab den Geisteskranken (§ 54)[3]. Dieselben können durch ihre Willenserklärungen sich nicht nur nicht in eine ungünstigere, sondern auch nicht in eine günstigere Lage versetzen[4].

2. Dem Wahnsinn stehen gleich die Zustände vorübergehender Geistesabwesenheit, wie sie durch Krankheit, Trunkenheit ꝛc. ꝛc herbeigeführt werden können[5].

---

nicht ihre einzige, aber doch eine vorzugsweise wichtige Anwendung; zugleich hat sie gerade bei diesen eine besondere Ausbildung erfahren. Deßwegen erscheint es zweckmäßig, von der herrschenden Sitte abzuweichen, und sie zunächst für die Rechtsgeschäfte im Besonderen, nicht im Allgemeinen für Handlungen überhaupt darzustellen. Vgl. über den Begriff der Handlungsfähigkeit noch Binding Normen II S. 46 fg.

[2] Vgl. im Allgemeinen Savigny III § 106—112.

[3] Reyscher über die Unfähigkeit der Geisteskranken zur Vornahme von Rechtsgeschäften, Zeitschr. f. deutsch. R. XIII Nr 9. (1852). Ueber den Begriff der Geisteskrankheit vgl. Zitelmann Irrthum und Rechtsgeschäft S. 360 fg.: Mangelhaftigkeit des Allgemeinbewußtseins, wobei entweder die Willens- und die Vorstellungsthätigkeit in gleicher Weise mangelhaft sind, oder eine von beiden in erster Linie. — Es liegt nahe, daß für die Constatirung der Geisteskrankheit der Staat Sorge trägt. Vgl. v. Arnold das gerichtliche Verfahren gegen Geisteskranke und Verschwender (1861). CPO. § 593—620. Civilrechtliche Bedeutung haben die Vorschriften der CPO. nur insofern, als nach der Entmündigung wegen Geisteskrankheit die Geisteskrankheit nicht nur nicht mehr bewiesen zu werden braucht, sondern auch der Gegenbeweis ausgeschlossen ist (nicht der Beweis einer Aenderung). Dagegen ist der Satz des gemeinen Rechts, daß die Geisteskrankheit als solche, nicht die Entmündigung, Grund der Handlungsunfähigkeit ist, nicht geändert worden. Vgl. Mandry S. 42 fg.

[4] § 8 I. de inut. stip. 3. 19, l. 5 D. de R. I. 50. 17, l. 1. § 3 l. 18 § 1 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 1 § 12 D. de O. et A. 44. 7. L. 1 § 12 cit. „Furiosum sive stipuletur sive promittat nihil agere natura manifestum est". Vgl. Seuff. Arch. III. 139. In etwaigen lichten Zwischenräumen (v. Berg juristische Beobachtungen und Rechtsfälle III S. 243 fg.) findet jedoch vollständige Handlungsfähigkeit Statt, l. 6 C. de cur. fur. 5. 70, l. 9 C. qui test. 6. 22, l. 2 C. de contr. emt. 4. 38. Nach neueren Gesetzgebungen (nicht nach der CPO.) fällt dieß weg, sobald eine gerichtliche Wahnsinnigkeitserklärung vorliegt. Arnold a. a. O. S. 49—52, Mandry a. a. O. S. 50.

[5] Zitelmann a. a. O.: Mangeln des Allgemeinbewußtseins. L. 17 D.

3. Auch die Kinder im ersten Lebensalter ermangeln der Handlungsfähigkeit vollständig[6]. Diesen Zustand läßt das römische Recht bis zum vollendeten 7. Jahre dauern (§ 54).

4. Unerwachsene Personen, welche das Kindesalter zurückgelegt haben, sind nicht vollständig handlungsunfähig, aber sie sind in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt, und zwar nach folgenden Regeln.

a. Geschlechtsunreife (§ 54) können ohne Mitwirkung ihres Vormundes ihre rechtliche Lage nicht verschlechtern; jedes darauf gerichtete Rechtsgeschäft, welches sie ohne Mitwirkung ihres Vormundes vornehmen, ist nichtig[7].

---

qui test. 28. 1. Ueber Trunkenheit vgl. Seuff. Arch. III. 4. 140, XIII. 140, XXVIII. 193. 194, Mittermaier neues Arch. für Criminalr. XII S. 17 fg. 25 fg. 46 fg., Dreyer Zeitschr. für Reichs- und Landesrecht I S. 420 fg. (Dieser Schriftsteller behauptet, daß auch diejenige Trunkenheit, welche nicht die Zurechnungsfähigkeit, sondern nur die richtige Einsicht und vernünftige Erwägung ausschließt, Grund zwar nicht der Nichtigkeit aber doch der Anfechtbarkeit sei, und beruft sich dafür auf die Behandlung des impubes und des prodigus.) Auch der höchste Grad des Zornes bringt Vernunftlosigkeit mit sich; der Zorn aber an und für sich ist kein Ungültigkeitsgrund. Die zu allgemein redende l. 48 D. de R. I. 50. 17 erhält ihr richtiges Verständniß durch l. 3 D. de div. 24. 2, wo die Rede des Paulus vollständiger wiedergegeben ist. — Das OAG. zu Berlin hat in zwei Erkenntnissen aus den Jahren 1868 und 1870 auch die bloße Geistesschwäche für einen Grund der Handlungsunfähigkeit erklärt. Seuff. Arch. XXV. 117.

[6] L. 1 § 12. 13 D. de O. et A. 44. 7, § 10 I. de inut. stip. 3. 19. Das Recht erkennt bei ihnen, wie bei den Geisteskranken, einen Willen überhaupt nicht an; deßwegen kann auch durch Mitwirkung des Vormundes eine Willenserklärung derselben nicht hervorgebracht werden, l. 1 § 2 D. de adm. 26. 7. Singuläre Ausnahme in l. 32 § 2 D. de A. v. A. P. 41. 2. Vgl. § 155 Note 13.

[7] Pr. § 1 I. de auct. 1. 21, l. 9 pr. — § 4 D. eod. 26. 8, l. 11 D. de A. R. D. 41. 1. Mitwirkung des Vormundes: auctoritas tutoris. Ueber die Erfordernisse derselben im Gegensatz des bloßen Consenses s. § 2 I. de auct. 1. 21, l. 9 § 5. 6 l. 8 D. eod. 26. 8. Rudorff Recht der Vormundschaft II § 126. Jhering Geist d. röm. R. III S. 146 (3. Aufl. S. 153) sieht den Grund, weßwegen der tutor unmittelbar bei dem Rechtsgeschäft mitwirken muß, lediglich in einer, später weggefallenen, Besonderheit des älteren Rechts. Vgl. übrigens auch II § 442 Note 3. Testamente werden auch durch Mitwirkung des Vormundes nicht gültig. (Ueber Erbverträge vgl. III § 539 Note 1.) — Nach früherem gemeinem (römischem und canonischem) Recht genügte das Alter der Geschlechtsreife auch zur Eheschließung; nach heutigem Recht ist dazu das Alter von 20 bez. 16 Jahren erforderlich. Reichsges. 6/2 75 § 28.

b. Geschlechtsreife Minderjährige (§ 54) können ohne Zustimmung ihres Vormundes kein Rechtsgeschäft abschließen, welches eine Veräußerung enthält; der Mangel der nöthigen Zustimmung hat auch hier Nichtigkeit zur Folge[8].

c. Veräußerungen Minderjähriger, geschlechtsreifer oder geschlechtsunreifer, sind in gewissem Umfange auch dann nichtig, wenn sie ohne Zustimmung der obervormundschaftlichen Behörde abgeschlossen worden sind. Das Nähere darüber in der Lehre von der Vormundschaft (II § 441. 442 a. E.)[8a].

d. Gegen jedes an und für sich zu Recht bestehende Rechtsgeschäft, welches in der Minderjährigkeit, gleich viel ob vor oder nach der Geschlechtsreife, abgeschlossen worden ist, kann der

---

[8] L. 3 C. de i. i. r. min. 2. 21 [22]. Es ist in dieser Stelle nur von Verkäufen die Rede, die Ausdehnung ihrer Vorschrift aber auf alle eine Veräußerung enthaltenden Rechtsgeschäfte (§ 69) unbedenklich. Die Ausnahme, welche die Stelle für den minor sine curatore constitutus macht, ist heutzutage, wo Minderjährige nothwendig einen Vormund haben, unpraktisch. — Die früher herrschende, auch jetzt noch von Vielen festgehaltene Ansicht ging dahin, daß das römische Recht auch die Verpflichtungen, welche der Minderjährige ohne Zustimmung des Vormundes eingehe, für nichtig erkläre, gegen l. 101 de V. O. 45. 1: „Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari", welche Stelle „offenbar nicht interpretirt, sondern nur angenommen sein will" (Brinz 1. Aufl. S. 43). Vgl. über diese Streitfrage Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II S. 374 fg. (1829), Vangerow I § 291 Anm. 2, Huschke Zeitschr. f. RGesch. XIII S. 318, Wächter I S. 221 fg, und auf der anderen Seite Puchta § 51. d. und dazu Vorles. I S. 113—115, Pfeiffer praktische Ausführungen VII. 6, Ihering Jahrb. f. Dogm. XII S. 347 fg. (welcher in l. 101 cit. betont „possunt", nämlich im Fall einer Novation, durch welche das Interesse des Minderjährigen nicht geschädigt wird), Ubbelohde in Grünhut's Zeitschr. IV S. 696 fg. (welcher die genannte Stelle vom Civilrecht versteht, während der Prätor eine Einrede gegeben habe, vgl. Note 10). Weitere Citate bei Vangerow a. a. O. Seuff. Arch. II. 270 a. E.; XXIV. 112. Nur in Ausnahmefällen hat der Mangel des Consenses des Curators nach römischem Recht Nichtigkeit der Verpflichtung des Minderjährigen allerdings zur Folge, l. 60. 61 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 26 C. de adm. tut. 5. 37. Vgl. dazu aber Rudorff zu Puchta Vorl. I S. 115 Anm. 6 und S. 114 Anm. 3, Brinz 1. Aufl. S. 44, Bechmann das römische Dotalrecht II S. 22—27, Czyhlarz das römische Dotalrecht S. 166—170, Huschke a. a. O. S. 331 fg.

[8a] Zustimmung der obervormundschaftlichen Behörde ohne Zustimmung des Vormundes genügt nicht: Seuff. Arch. II. 198.

Minderjährige Wiedereinsetzung im den vorigen Stand begehren (§ 117)[9.9a]

5. Interdicirte Verschwender[9b] stehen den Geschlechtsunreifen gleich; die Willenserklärungen, welche auf eine Verschlechterung ihrer rechtlichen Lage gerichtet sind, sind ohne Zustimmung ihres Vormundes nichtig[10], und auch die Zustimmung der Obervor-

---

[9] Dieß sind die römischen Grundsätze. Die heutige Anwendbarkeit derselben ist aber sehr bestritten. Von vielen wird behauptet, daß es im heutigen Recht einen Unterschied zwischen der Handlungsfähigkeit der impuberes und der der minores (abgesehen von Ehe und Testament) nicht mehr gebe, daß die minores in gleicher Weise wie die impuberes zwar nicht an die Mitwirkung, aber doch an die Zustimmung ihrer Vormünder gebunden seien. In früherer Zeit war dieß sogar die herrschende Meinung (Glück XXX S. 54), und auch heutzutage wird sie noch von sehr achtungswerthen Stimmen vertreten, s. namentlich Kraut Vormundschaft II S. 97 fg., außerdem Savigny Zeitschr. f. geschichtl. RW. X S. 295—297, Seuffert Pand. § 257. 502, Sintenis I § 17 Anm. 32 u. III § 145 Anm. 1, Arndts § 452 Anm. 1, Wächter I S. 224, Dernburg § 54, Gerber § 244, Beseler § 146, Stobbe § 40, Bruns Pandektenfragmente, kl. Schriften II S. 466 fg. Aber ebenso wenig fehlt es und hat es von jeher gefehlt an Dissentienten, s. Glück XXX S. 55 fg. 69 fg. 476 fg., Rudorff Recht der Vormundsch. I S. 114 fg. und II S. 291, Göschen Vorl. über das gemeine Civilr. II. 2 § 429, Puchta § 334, Vangerow I. § 291 Anm. 2 a. E., Brinz 1. Aufl. S. 45, Huschke (Note 8) S. 358, Eichhorn Einleit. in das deutsche Privatr. § 319, Mittermaier deutsch. Privatr. § 428. Vgl. auch Ubbelohde (Note 8) S. 714 fg. Ihr Hauptargument nimmt die erste Meinung aus der Bestimmung der RPO. (1548 Tit. 31 § 1, 1577 Tit. 32 § 1) über die Nothwendigkeit der Vormundschaft für minores; aber mehr enthält dieselbe doch auch, wenigstens ihrem Wortlaute nach, nicht. Für diese erste Meinung Seuffert II. 270, III. 311, XI. 25, XIII. 241, XXVIII. 135; was speciell Erbverträge angeht: I. 243, V. 202. Ein Verlöbniß erkennen als nicht nichtig an: XVI. 172, XXV. 133. S. noch XX. 25.

[9a] Unerwachsene unter väterlicher Gewalt: Kraut II § 108, Wächter I S. 222 fg.; Seuff. Arch. III. 334, VII. 197, XIII. 241, XV. 113.

[9b] Vgl II § 446 Note 4. CPO. § 621—627, Mandry S. 115 fg. — Früher stritt man, ob die Wirkung der Interdiction schon mit der Zustellung des Interdictionsdecrets an den Interdicirten, oder erst mit der öffentlichen Bekanntmachung beginne. Für das Erstere: Seuff. Arch. XVII. 147. 206, XVIII. 206, XIX. 10, XXV. 118; für das Letztere: das. XIX. 115, Sintenis III S. 288 Anm. 19. Jetzt ist die Controverse durch CPO. § 623 im Sinne der ersten Alternative entschieden. — Unzulässigkeit freiwilliger Entmündigung: Seuff. Arch. XIII. 9, XV. 136, XVIII. 125, vgl. XXX. 38.

[10] L. 6 D. de V. O. 45. 1, l. 10 pr. D. de cur. fur. 27. 10, l. 9 § 7 D.

mundschaft zu ihren Veräußerungen ist in demselben Maße erforderlich, wie bei Geschlechtsunreifen[10a].

6. Für Personen, welche aus anderen Gründen, als den bisher genannten, unter Vormundschaft gestellt sind, gilt in Betreff ihrer Veräußerungen das Gleiche, wie für Unerwachsene; im Uebrigen ist ihre Handlungsfähigkeit nicht beschränkt (II § 446 Note 3. 5. 6. 7).

7. Bei juristischen Personen kann ihrem Begriffe nach von Handlungen keine Rede sein; es können ihnen nur die Handlungen anderer Personen als ihre Handlungen angerechnet werden (§ 59).

2. Form der Willenserklärung.

§ 72.

Zur Gültigkeit der Willenserklärung gehört ferner, daß sie die gehörige äußere Beschaffenheit habe. Ist für die Erklärung des Willens eine bestimmte Form vorgeschrieben[1], und diese Form ist nicht beobachtet, so ist die Willenserklärung nichtig[2]. Die hauptsächlichsten Formen, welche im gemeinen Recht für die Gültigkeit der Willenserklärungen erfordert werden, sind: Zuziehung von

---

de R. C. 12. 1, l. 25 D. de fidei. 46. 1. Seuff. Arch. XXXIV. 311. Von den Testamenten der Verschwender gilt dasselbe, wie von den Testamenten Geschlechtsunreifer, s. III § 539 Ziff. 2. Seuff. Arch. II. 309. Ubbelohde in dem in Note 8 bezeichneten Aufsatz S. 671 fg. hat auszuführen gesucht, daß die prätorische Interdiction nur nach ius honorarium gewirkt, also die Rechtsgeschäfte des Interdicirten nicht nichtig gemacht habe. Ich glaube nicht, daß diese neue Ansicht Beifall finden wird.

[10a] S. § 446 Note 7. Vgl. übrigens Brinz 2. Aufl. I S. 180 Note 15, Ubbelohde a. a. O. S. 694.

§ 72. [1] Ueber die Bedeutung der Form im Allgemeinen und im römischen Recht im Besondern, und über den Werth derselben, s. außer Savigny III § 130 vor Allem die treffliche Abhandlung von Ihering Geist d. röm. R. II § 45—47 (1858, 2.—4. Aufl. 1866—1883), welche übrigens nicht bloß auf Rechtsgeschäfte Rücksicht nimmt. Vgl. auch v. Völderndorff die Form der Rechtsgeschäfte nach allgemeinen Grundsätzen und positiven Rechten (1857).

[2] Es ist aber von der Vorschrift, daß ein Rechtsgeschäft in bestimmter Form errichtet werden müsse, zu unterscheiden die Vorschrift, daß ein Rechtsgeschäft nur durch gewisse Beweismittel, z. B. Urkunden, solle bewiesen werden können. Im Zweifel ist nicht das Letztere als der Sinn einer Formvorschrift anzusehen. Vgl. II § 312 zu Note 10.

Zeugen[3], schriftliche Aufzeichnung, Beurkundung durch das Gericht[4]. Es kommt auch vor, daß Bestätigung des Gerichtes[5] oder gar des Landesherrn verlangt wird. — Ist eine bestimmte Form für die Willenserklärung nicht vorgeschrieben[6], so kann die Willenserklärung in jeder beliebigen Weise gemacht werden. Es ist in diesem Falle sogar nicht nothwendig, daß die Willenserklärung ausdrücklich gemacht werde, d. h. durch Aeußerungen, welche nach der Verkehrssitte oder kraft besonderer Festsetzung die Bestimmung haben, diesen Willen zu erklären[7]. Sondern es genügt auch eine stillschweigende Willenserklärung[8], d. h. der Wille wird als gehörig an den Tag gelegt angesehen, wenn ein Benehmen

---

[3] Ueber den Unterschied zwischen Solemnitäts- und Beweiszeugen s. Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 293—295, Unger II § 90 Note 13.

[4] Dafür haben die Quellen den Ausdruck: actis, gestis insinuare (acta, gesta = das Gerichtsprotokoll). Auch heutzutage spricht man noch von gerichtlicher Insinuation oder Insinuation schlechthin.

[5] In diesem Falle muß das zuständige Gericht thätig werden, während die bloße Beurkundung durch jedes Gericht geschehen kann. Vgl. auch Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 299—302.

[6] Man nennt die Willenserklärung, für welche eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben ist, eine formlose — dem Sprachgebrauche gemäß, und deßwegen nicht weniger mit Recht, weil auch sie, wie jedes Ding, eine äußere Erscheinung (Form in diesem Sinne) hat.

[7] Eine ausdrückliche Willenserklärung kann nicht bloß durch Worte gemacht werden. Geberden: l. 52 § 10 D. de O. et A. 44. 7, l. 21 pr. D. de leg. III° 32. Ausstreichung einer Vermächtnißverfügung: III § 640 Note 3. 4 Signalzeichen: Reichsges. 14/8 76.

[8] Besondere Abhandlungen über diesen Gegenstand sind: Kori Abhandlung über stillschweigende Willenserklärung in rechtlichen Geschäften (1817). Heyne de voluntatis tacite patefactae et praesumtae vi atque indole eiusque in iure effectibus (1840). Burckhard die civilistischen Präsumtionen S. 270—311 (1866). S. außerdem Savigny III § 131. 132, Unger II § 85, Holzschuher I § 36 Nr. 2, Schliemann Lehre vom Zwange § 12 (1861), Bekker krit. VJSchr. III S. 205. 206, Zitelmann Irrthum und Rechtsgeschäft S. 259 fg. (1879), Leonhard der Irrthum bei nichtigen Rechtsgeschäften S. 190 fg. (1882). Der letztgenannte Schriftsteller beschränkt den Begriff der ausdrücklichen Willenserklärung auf den Fall des Ausdrucks durch Worte oder durch Zeichen, welche Worte vertreten. Vgl. Lotmar krit. VJSchr. XXV S. 416. Schloßmann Vertrag S. 55. 60 leugnet, daß bei dem, was man stillschweigende Willenserklärung nennt, eine Erklärung des Willens vorliege. S. dawider Eisele krit. VJSchr. XX S. 17. Vgl. auch Hasenöhrl österr. Privatr. I S. 621 Note 15.

(Thun oder Unterlaſſen) vorliegt, welches auf das Vorhandenſein des Willens einen ſicheren Schluß gewährt[9]. Wann dieß der Fall ſei, darüber laſſen ſich nähere Regeln nicht angeben; es iſt auf die Umſtände des einzelnen Falles zu ſehen. Auch Schweigen kann unter Umſtänden als genügender Willensausdruck anzuſehen ſein[10]. — Eine ausdrückliche Erklärung, durch welche ſich

[9] L. 57 pr. D. de pactis 2. 14. „Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat". L. 95 D. de A. v. O. H. 29. 2. „Recusari hereditas non tantum verbis sed etiam re potest et alio quovis indicio voluntatis". L. 5 D. ratam rem 46. 8. „Non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu; denique si eam litem, quam procurator inchoasset, dominus comprobans persequeretur, non esse commissam stipulationem". Andere Beiſpiele in: § 7 I. de her. qual. 2. 19, l. 20 D. de A. v. O. H. 29. 2 — l. 2 § 1 D. de pactis 2. 14, l. 7 C. de rem. pign. 8. 25 [26], l. 14 C. de solut. 8. 42 [43] — l. 13 § 11 D. loc. 19. 2 — l. 26 § 1 D. de pign. 20. 1, l. 5 § 2 D. in quib. caus. pig. 20. 2 — l. 38 [37] pr. D. ad SC. Treb. 36. 1. Seuff. Arch. IV. 8. Eine ſtillſchweigende Willenserklärung kann auch in einer ausdrücklichen Willenserklärung liegen. So liegt z. B. in der Entlaſtung eines Erbſchaftsſchuldners die Erklärung des Antritts der Erbſchaft. — Von ſtillſchweigender Willenserklärung ſpricht man aber auch in einem ganz anderen Sinn, indem man darunter eine ausdrückliche Willenserklärung verſteht, welche in eine andere eingekleidet iſt. So liegt in der translatio legati eine „tacita ademtio", l. 5 D. de adim. 34. 4. Vgl. auch III § 625 Note 17. § 635 Ziff. 2. Die Grenze zwiſchen dieſem Fall und dem Fall der eigentlichen ſtillſchweigenden Willenserklärung kann im gegebenen Fall zweifelhaft erſcheinen. Vgl. Zitelmann a. a. O. S. 264 fg.

[10] Das c. 43 de R. I. in VI°, welches zu allgemein ſagt: „qui tacet consentire videtur", wird durch die unmittelbar folgende Stelle (c. 44 eod.) corrigirt: „is qui tacet non fatetur, sed nec utique negare videtur". Letztere Stelle wiederholt dem Inhalt nach die l. 142 D. de R. I. 50. 17. Fälle, in welchen die Quellen in dem Schweigen eine ſtillſchweigende Willenserklärung finden, ſ. in l. 7 § 1 l. 12 pr. D. de spons. 23. 1, l. 5 C. de nupt. 5. 4, l. 5 D. de adopt. 1. 7, l. 12. 16 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 19 D. de aqua 39. 3, l. 6 C. de rem. pign. 8. 25 [26]. Vgl. Seuff. Arch. I. 40, IV. 211, V. 117, X. 252, XI. 80, XXV. 123, XXIX. 107, XXXII. 206. Kierulff Sammlung der Entſcheidungen des OAG. zu Lübeck I. 22. Hallwachs Arch. f. prakt. RW. N. F. X S. 225 fg., „das Stillſchweigen als Willenserklärung in den Entſcheidungen des Reichsoberhandelsgerichts". — Dernburg Preuß. Privatr. I S. 172: „Schweigen iſt in dem Fall Zuſtimmung, wenn nach der öffentlichen Meinung, insbeſondere aber nach der Auffaſſung der Berufs- und Standesgenoſſen, ein vernünftiger und ehrlicher Mann eine Ablehnung ausgeſprochen hätte, falls er nicht einverſtanden ge-

Jemand dagegen verwahrt, daß in seinem Benehmen eine stillschweigende Willenserklärung gefunden werde, nennt man eine Protestation, speciell eine Reservation, wenn sie den Zweck hat, den Schluß auf einen Verzicht abzuweisen[11].[12]

3. Willenserklärung durch Andere*.

§ 73.

Die Erklärung des Willens kann, insofern die für das Rechtsgeschäft vorgeschriebene Form kein Hinderniß in den Weg legt, auch

---

wesen wäre". Vgl. Pandekten I S. 223. Leonhard a. a. O. S. 199 Note 3: „Schweigen unter Umständen, unter denen die Annahme, daß man aus andern Gründen, als in Folge eines Zustimmungswillens schweige, ausgeschlossen ist". Vgl. auch Schott der obligat. Vertrag unter Abwesenden S. 90 fg.

[11] Beispiele: l. 20 § 1 D. de A. v. O. H. 29. 2, l. 14 § 7. 8 D. de relig. 11. 7, l. 4 § 1 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 7 C. de dot. prom. 5. 11; l. 16 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 12 D. de evict. 21. 2. — Die Protestation ist aber nur dann wirksam, wenn die betreffende Handlung eine andere Auslegung als die abgelehnte möglicherweise zuläßt, nicht die s. protestatio facto contraria. So würde z. B. eine Protestation in den Fällen der l. 57 pr. D. de pactis 2. 14 (vgl. l. 2 § 6 D. de doli exc. 44. 4) und l. 5 D. ratam rem 46. 8 unwirksam sein. Vgl. Seuff. Arch. III 315, XXVI. 142.

[12] Es kommt im römischen Recht auch vor, daß rechtliche Folgen, welche ohne alle Willenserklärung eintreten, vorgestellt werden als auf einer Willenserklärung beruhend. In dieser Weise werden z. B. die gesetzlichen Pfandrechte (vgl. namentlich Dig. 20. 2 in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur) behandelt. So wird ferner der Satz, daß, wenn die Tochter wahnsinnig sei, der Vater die an sie gefallene Dos auch ohne ihre Einwilligung einziehen könne, in l. 2 § 2 D. sol. matr. 24. 3 so ausgedrückt: da die Tochter nicht widerspreche, sei sie als einwilligend anzusehen. Man spricht in einem solchen Falle von einer fingirten Willenserklärung; vgl. Savigny III § 133 (der aber auch Fälle hierher zählt, welche nicht hierher gehören, bei welchen entweder die Quellen den bezeichneten Gesichtspunkt nicht anlegen [s. l. 35 pr. D. de proc. 3. 3, l. 21 C. eod. 2. 12 (13)], oder in denen eine stillschweigende Willenserklärung vorliegt [l. 4 § 1 l. 7 pr. D. quib. pig. 20. 6]. Besser gibt man die ganze Vorstellung auf, da weder ein Nutzen von derselben abzusehen ist, noch in den Quellen selbst irgendwelches Gewicht auf sie gelegt wird. Vgl. Böcking I § 118 Anm., Unger § 85 Note 17, Burckhard a. a. O. S. 305—311, Bülow Arch. f. civ. Pr. LXII S. 82 fg., Leonhard a. a. O. S. 213 fg.

* Mühlenbruch Cession § 5. 9—14 (3. Aufl. 1836). Savigny III § 113 (1840). Ruhstrat Arch. f. d. Praxis des Oldenb. Rechts I S. 10 fg. (1843). Derf. Arch. f. civ. Pr. XXX S. 340 fg. (1847). Wächter Württemb.

durch einen Andern erfolgen[1]. Wenigstens ist dieß die Regel; eine Ausnahme findet namentlich beim Testamente statt.

Mit dem Gesagten ist gemeint, daß Jemand den Willen, welchen er hat, durch einen Andern erklären kann, daß ein Rechtsgeschäft nicht deßwegen ungültig ist, weil Wille und Erklärung auf verschiedene Personen auseinandergehen. Es entsteht aber die Frage, ob ein Rechtsgeschäft durch die Mitwirkung eines Dritten gültig auch in der Weise zu Stande kommen kann, daß die in dem Rechtsgeschäft abgegebene Erklärung den eigenen Willen des

---

Privatr. II § 88 (1851). Buchka die Lehre von der Stellvertretung bei der Eingehung von Verträgen (1852); dazu Brinz krit. Blätter Nr. 2 (1852) und Dernburg Heidelb. krit. Zeitschr. I S. 1 fg. (1853). Savigny Obligationenrecht II § 54—56 (1853). v. Scheurl krit. Ueberschau I S. 315 fg. (1853). Ruhstrat über Savigny's Lehre von der Stellvertretung (1854). Vangerow III § 608 Anm. (1856). Kuntze die Obligation ꝛc. S. 264—301 (1856). Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 273 fg. (1857). Unger II § 90 (1857). v. Scheurl Jahrb. f. Dogm. II S. 1 fg. (1858). Ihering das. II S. 67 fg. (1858). Sintenis I S. 145—147. II § 102 (1860. 1861). Laband Zeitschr. f. Handelsr. X S. 183 fg. (1866). Brinz Lehrb. 1. Aufl. § 366—373 (1871). v. Canstein Busch's Arch. f. Handelsr. XXI S. 226 fg. (1871). Curtius Arch. f. civ. Pr. LVIII S. 69 fg. (1875). E. Zimmermann die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio (1876); darüber Eck Jen. Literaturzeit. 1877 S. 68 fg., Hellmann krit. VJSchr. XIX S. 349 fg., v. Canstein Grünhut's Zeitschr. III S. 670 fg. (1876). Karlowa das Rechtsgeschäft und seine Wirkung S. 53 fg. (1877). Wächter Pand. I S. 407—420 (1880). Hellmann die Stellvertretung in Rechtsgeschäften (1882); dazu Czyhlarz Grünhut's Zeitschr. IX S. 776 fg., Baron krit. VJSchr. XXIV S. 40 fg., Mandry Arch. f. civ. Pr. LXVI S. 477 fg. Dernburg Pand. I § 117—119 (1884). Mitteis die Lehre von der Stellvertretung nach röm. R. mit Berücksichtigung des österr. R. (1885). Vgl. auch Gareis Verträge zu Gunsten Dritter S. 1 fg. (1873).

§ 73. [1] L. 2 § 2 D. de O. et A. 44. 7, l. 14 § 3 l. 15 D. de pec. const. 13. 5. Ueber den Unterschied zwischen dem „Boten (nuntius)" und dem „Stellvertreter" (Note 2) s. Ihering I S. 274 fg., Bähr Jahrb. f. Dogm. VI S. 295. 299, Laband a. a. O. S. 189—193, Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V Nr. 39, Platner Arch. f. civ. Pr. L S. 299 fg., Schliemann Zeitschr. f. Handelsr. XVI S. 1 fg. (dazu Schott der obligatorische Vertrag unter Abwesenden S. 70 fg.), Curtius a. a. O. S. 72 fg., Zimmermann a. a. O. S. 16 fg., Karlowa a. a. O. S. 53 Anm. 2, Hellmann S. 5 fg., Leonhard Irrthum S. 161 fg., Regelsberger in Endemann's Handb. des Handelsrechts II S. 396 fg., Mitteis S. 128 fg. S. auch Note 16 z. A.

Erklärenden zum Ausdruck bringt, mit der hinzugefügten Bestimmung, daß das Rechtsgeschäft nicht als von dem Erklärenden, sondern als von einem Andern abgeschlossen rechtlich in Betracht kommen solle[2]. Diese Frage hat das römische Recht im Principe verneint[3], indem es den Ausweg eröffnet, daß der Vertreter die Handlung in eigenem Namen und zunächst mit Wirkung für sich selbst vornehme, hinterher aber die für ihn entstandenen Rechte und Verbindlichkeiten auf den Principal übertrage[4], wobei es

[2] Man drückt diese Frage gewöhnlich so aus: ist bei Rechtsgeschäften Stellvertretung zulässig? Dieser Ausdruck der Frage beruht auf der Auffassung, daß es keine Stellvertretung sei, wenn Jemand als Organ der Aeußerung eines fremden Willens auftritt. Mir scheint diese Auffassung dem Sprachgebrauch nicht zu entsprechen, und ich unterscheide daher zwischen Stellvertretung im Willen und Stellvertretung in der Erklärung. Andere nehmen Stellvertretung auch in dem Fall an, wo Jemand, welcher die Geschäfte eines Anderen führt, in Folge und auf Grund dieser Geschäftsführung ein Rechtsgeschäft abschließt, ohne im Geschäfte selbst als Stellvertreter hervorzutreten, also auf eigenen Namen und für sich, sich vorbehaltend, die dadurch erzeugten Wirkungen später auf den Principal zu übertragen (s. das im Text sogleich Folgende), s. g. indirecte, mittelbare oder unvollkommene Stellvertretung. Auch der Erwerb und die Verpflichtung der Gewalthaber durch die ihrer Gewalt Unterworfenen hat man in den Begriff der Stellvertretung hineingezogen, obgleich hier der Handelnde nicht, oder nicht nothwendig, die Absicht hat, eine Wirkung für einen Andern hervorzubringen. Die früher in der Lehre von der Stellvertretung herrschende Verwirrung ist dadurch nur gesteigert worden. Vgl. Note 6—9, übrigens auch Mandry das gem. Familiengüterrecht I S. 132 fg. — Um die Reinigung des Begriffs der Stellvertretung haben sich namentlich verdient gemacht Brinz, Scheurl, Ihering, Zimmermann an den oben genannten Orten. Vgl. auch Zrodlowski röm. Privatr. II S. 292—299, Mitteis S. 1 fg.

[3] L. 6 C. si quis alteri 4. 50. „Si . . ab initio negotium uxoris gerens comparasti nomine ipsius, emti actionem nec illi nec tibi adquisisti, dum tibi non vis nec illi potes“. Gegen den im Text aufgestellten Satz haben sich neuerdings ausgesprochen Schloßmann der Besitzerwerb durch Dritte S. 78 und Hellmann a. a. O., jener ohne nähere Ausführung, dieser (s. namentlich S. 39 fg.) mit einer Beweisführung, die, obgleich sie Beachtung verdient, doch nicht geeignet erscheint, die Ueberzeugung von der Unrichtigkeit der herrschenden Meinung zu begründen. L. 6 cit. erklärt Hellmann aus dem Mangel einer Vollmacht. Vgl. auch die bei * genannten Anzeigen der Hellmann'schen Schrift von Czyhlarz Baron und Mandry, Mitteis S. 32 fg. — Ueber Versuche den römischen Satz zu erklären s. Mitteis S. 9 fg.

[4] Es ist klar, daß ein anderer Ausweg noch näher gelegen haben würde, der, daß der Vertreter zwar in eigenem Namen handelte, aber mit der Be-

unter Umständen in der Weise zur Hülfe kommt, daß es den Uebertragungsact für überflüssig erklärt und auch ohne denselben die Rechte und Verbindlichkeiten als übergegangen annimmt[5]. Das römische Recht ist aber nicht im Stande gewesen, das aufgestellte Princip ohne Ausnahmen durchzuführen. Eine solche Ausnahme liegt zwar nicht in dem Erwerbe der Gewalthaber durch die Rechtsgeschäfte der Gewaltunterworfenen[6]; hier wird das bezeichnete Princip durch ein anderes Princip durchbrochen, kraft dessen die Erwerbshandlungen der Gewaltunterworfenen nach rechtlicher Nothwendigkeit, also auch wenn die Gewaltunterworfenen es nicht wollen, als Handlungen der Gewalthaber gelten[7]. Eine solche Ausnahme liegt auch nicht in der unter Umständen eintretenden Verpflichtung der Gewalthaber durch die Rechtsgeschäfte der Gewaltunterworfenen[8]; auch hier handelt es sich nicht um Handlungen, welche als Handlungen eines Andern gelten wollen, sondern um Handlungen, welche Jemand in eigenem Namen vornimmt, denen aber das Recht außer für ihn auch Wirkungen für einen Andern beilegt[9]. Eine solche Ausnahme liegt aber nament-

---

stimmung, daß seine Handlung nicht für ihn, sondern für den Andern, den er vertreten wollte, Wirkung haben solle. Aber diesem Auswege stellte sich ein anderes Princip des römischen Rechts entgegen, wonach nur diejenige Willenserklärung (unter Lebenden) anerkannt wird, welche auf die Erzeugung von rechtlichen Wirkungen für die eigene Person des Erklärenden gerichtet ist. L. 1 C. per quas pers. 4. 27. „Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius iuri non est subdita, nihil adquiri posse, indubitati iuris est. Si igitur procurator non sibi, sed ei, cuius negotia administrabat, redintegratae rei vindicationem pactus est, idque pactum etiam stipulatio insecuta est, nulla domino obligatio adquisita est". L. 11 D. de O. et A. 44. 7, § 5 I. per quas pers. 2. 9. Freilich ist auch dieses Princip so wenig wie das andere ausnahmslos durchgeführt worden. S. II § 316 Num. 2.

[5] Vgl. II § 313 Note 2, II § 442 Note 2, II § 482.

[6] Ulp. XIX. 18. Gai. II. 86—90, pr. § 3 I. per quas pers. 2. 9.

[7] § 4 i. f. 13 I. de inut. stip. 3. 19; vgl. l. 79 D. de A. v. O. H. 29. 2. Doch ist dem Gewaltunterworfenen, welcher dem Rechte Mehrerer unterworfen ist, nach gewissen Grundsätzen gestattet, durch seinen Willen den Erwerb auf eine Person zu lenken, welcher er nach der Rechtsregel nicht oder nicht allein zufallen würde. Vgl. l. 5. 22. 32. 39 D. de stip. serv. 45. 3 und Bekker Jahrb. f. Dogm. XII S. 34 Anm. 2.

[8] Gai. IV. 69—74. tit. I. quod cum eo 4. 7.

[9] S. II § 482—484.

lich[10] in der zugelassenen Möglichkeit des Erwerbes des Besitzes, und dadurch des Eigenthums für einen Andern[11], so wie darin, daß für einen Andern unter Umständen ein Pfandrecht erworben[12] und eine Erbschaft angetreten werden kann[13]. Trotz dieser Aus-

[10] Ueber einen anderen wichtigen hierher gehörigen Fall s. II § 313 Note 3.

[11] Auch diese Möglichkeit ist erst allmälig anerkannt worden, vgl. l. 41 D de usurp. 41. 3 mit l. 1 C. de adq. poss. 7. 32. Was den Eigenthumserwerb angeht, s. § 5 I. per quas pers. 2. 9, l. 20 § 2 D. de A. R. D. 41. 1. — Zunächst lag doch in der Zulassung des Besitzerwerbes durch einen freien Vertreter keine Ausnahme von dem aufgestellten Princip. Denn derjenige, welcher für einen Andern mit dem Willen desselben Besitz ergreift, vertritt denselben nicht in einer Willenserklärung, sondern in dem factischen Haben der Sache; er ist Organ nicht des Willens des Andern, sondern seiner factischen Beherrschung der Sache. (Allerdings bringt der Vertreter in der Besitzergreifung auch einen eigenen Willen zum Ausdruck; aber dieser Wille ist nur Moment der thatsächlichen Herrschaft des Vertretenen, dieser hat die thatsächliche Herrschaft über die Sache deßwegen, weil der Vertreter die Sache zu seiner Verfügung haben will, nicht aber wird der Besitzwille des Vertreters dem Vertretenen als sein Wille angerechnet. Mißverständlich Hauser Stellvertretung im Besitze S. 15 Note 9 und die daselbst Citirten. Vgl. auch Brinz S. 1596 fg. 1605 fg.). Ebenso läßt sich sagen, daß auch bei dem an den Besitz angeknüpften Eigenthumserwerb der Vertreter, welcher zu dem, was er thut, speciell beauftragt worden ist, nicht seinen eigenen Willen im Namen des Andern erklärt, sondern nur Träger und Ueberbringer des fremden Willens ist. Aber weder die eine noch die andere Auffassung ist da möglich, wo der Auftrag des Vertretenen so allgemein ist, daß der Vertreter in der Besitzergreifung und dem Eigenthumserwerb seinen eigenen Entschluß ausführt, oder wo der Vertretene gar willenlos, Kind, wahnsinnig, juristische Person ꝛc. ist. In diesen Fällen wird in der That eine Erklärung des Willens des Vertreters als Willenserklärung des Vertretenen rechtlich angesehen. Vgl. § 155 Note 10. Und auch abgesehen von diesen Fällen ist dem römischen Recht die Auffassung nicht fremd, daß der entscheidende Besitzwille der des Vertreters, und nicht der des Vertretenen sei. S. § 15a Note 1.

[12] Nach Justinian's Bestimmung in l. 3 [2] C. per quas pers. 4. 27. Nach dieser Stelle ist l. 11 § 6 D. de pign. act. 13. 7 interpolirt („plerumque", „semper"). Auch l. 21 pr. D. de pign. 20. 1 hält man für interpolirt; vgl. aber auch Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIII S. 214, Dernburg Pfandr. I S. 204, v. Scheurl krit. VJSchr. II S. 444, Schmid Cession I S. 426 fg., Unger Jahrb. f. Dogm. X S. 6 Note 8, Zimmermann a. a. O. S. 312 fg., Hellmann S. 53, Mitteis S. 75.

[13] Namentlich bei der bonorum possessio. Man versteckte sich hier hinter den Namen, um dem Bedürfniß des Lebens gerecht werden zu können. Das

nahmen[13a] hat das Princip selbst im Justinianischen Rechte noch seine volle Geltung behalten[14]. Dagegen gilt es im heutigen Rechte nicht mehr; es ist durch Gewohnheitsrecht beseitigt. Für das heutige Recht bildet es umgekehrt die Regel, daß Rechtsgeschäfte durch einen Andern auch in der Weise abgeschlossen werden können, daß dieser Andere seinen eigenen Willen erklärt. Sobald Jemand seinen Willen erklärt mit der hinzugefügten (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Erklärung, daß er im Namen eines Anderen handele[15], hat seine Willenserklärung, voraus-

Nähere im Erbrecht (III § 596 Note 11). — S. auch l. 22 D. de manum. vind. 40. 2.

[13a] Mitteis S. 71 fg. macht noch auf l. 5 § 18 D. de inst. act. 14. 3 und l. 1 § 9 D. quod iussu 15. 4 aufmerksam, und sieht in den Entscheidungen dieser Stelle einen Zug des prätorischen Rechts. Ich bin mehr geneigt, sie darauf zurückzuführen, daß die verpflichtende Handlung als eine Handlung mehr factischer Natur aufgefaßt wurde. L. 5 § 9 D. de pec. const. 13. 5 handelt von einer Willenserklärung zu Gunsten eines Dritten.

[14] Nach einer namentlich von Savigny (s. besonders Obligationenrecht II S. 42 fg.) vertretenen Ansicht steht die Sache im Justinianischen Rechte so, daß bei allem naturalen Erwerb (welchen Savigny mit dem formlosen identificirt) Stellvertretung (in dem hier in Betracht kommenden Sinne) zugelassen sei, nicht aber bei dem civilen. Diese Ansicht wird gestützt auf l. 53 D. de A. R. D. 41. 1. „Ea quae civiliter adquiruntur per eos qui in potestate nostra sunt adquirimus, veluti stipulationem, quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquiritur". Nach meiner Meinung ist aber in dieser Stelle nicht von dem Gegensatz zwischen ius civile und ius naturale, sondern von dem Gegensatz zwischen Recht und Thatsache die Rede; der Erwerb des Besitzes für einen Andern ist Begründung einer Thatsache für denselben, nicht Begründung eines Rechts. Vgl. Note 11 und § 148 Note 12. Diese Erklärung ist auch schon von Anderen aufgestellt worden, s. Mühlenbruch Cession Seite 44 Note 71, Ruhstrat a. a. O. (1854) S. 36, Wächter Württemb. Privatr. II S. 677. Puchta (Inst. II § 203. n. Vorles. zu Pand. § 52), welcher sich ebenfalls gegen Savigny erklärt hat, beseitigt die Stelle auf eine sehr willkürliche und doch nicht genügende Weise.

[15] Ob er aber dann sagt, z. B. ich kaufe im Namen meines Principals, oder ich kaufe für meinen Principal, oder einfach ich kaufe, ist gleichgültig. Indem er sich bei dem Abschluß des Rechtsgeschäfts als Vertreter zu erkennen gibt, hat er hinlänglich an den Tag gelegt, daß er seine Willenserklärung rechtlich nicht als die seinige, sondern als die des Principals angesehen wissen will. Ruhstrat a. a. O. (1854) S. 45—50, Laband a. a. O. S. 214—217, Brinz 1. Aufl. S. 1613. 1625—1626, Thöl Handelsrecht 6. Aufl. I S. 210, Mitteis S. 145 fg. Seuff. Arch. XXVI. 8. 63, XXVII. 125, XXXII. 10,

gesetzt daß er die Grenzen seiner Vertretungsbefugniß (§ 74) nicht überschritten hat, für ihn gar keine Wirkung[15a], für denjenigen aber, für welchen er handelt, die gleiche, als hätte dieser selbst gehandelt[16]. Das Verhältniß ist näher so zu denken[16a], daß die Willenserklärung des Vertreters diejenigen rechtlichen

---

XXXIII. 284. Unterzeichnung des Vertrags mit dem Namen des Principals: Seuff. Arch. XXVII. 26.

[15a] Vgl. jedoch Seuff. Arch. XIX. 231. Dazu Mitteis S. 176 fg.

[16] Das Gewohnheitsrecht, auf welches dieser Satz im Texte gegründet worden ist, wird bewiesen durch die Anführungen bei Buchka S. 121 fg. 158 fg. und einen Blick auf das heutige Verkehrsleben. S. auch Seuff. Arch. V. 13, VI. 33, VIII. 255, XI. 149, XIII. 93. 313, XV. 111, XVII. 240, XXIII. 126. Vgl. c. 68. 72 de R. I. in VI° 5. 13, c. 24 X de praeb. 3. 5, c. 2 de usur. in VI° 5. 15. Es hat gesetzlichen Ausdruck gefunden im HGB. Art. 52 (II § 313 Note 4). 298. 230. 241. Nicht beizutreten ist der Art und Weise, wie Savigny (Obligationenrecht II § 56. 57) den bezeichneten Satz aus dem römischen Recht selbst herzuleiten versucht hat. Savigny beruft sich auf l. 53 D. de A. R. D. 41. 1, nach welcher im Justinianischen Recht die Stellvertretung nur noch bei der heutzutage unpraktischen Stipulation ausgeschlossen sei — s. darüber Note 14 —, sowie auf die bereits im römischen Recht zugelassene Abschließung eines Rechtsgeschäfts durch Boten (nuntii), indem er den Begriff des Boten auf alle Fälle des Handelns im Namen eines Dritten ausdehnt; gegen das Letztere ist (abgesehen von Anderem, vgl. Thöl Handelsrecht 6. Aufl. I S. 238—240) die Bemerkung genügend, daß der Principal auch willensunfähig sein kann. — Es wird aber der im Texte aufgestellte Satz nicht von allen Schriftstellern anerkannt, und namentlich für obligatorische Rechtsgeschäfte von Vielen behauptet, daß durch dieselben auch heutzutage noch zunächst und unmittelbar der Vertreter berechtigt und verpflichtet werde, s. Puchta § 52. 273 und dazu Vorles., Vangerow III S. 314—316 (7. Aufl. S. 293—295), Kuntze a. a. O., v. Scheurl Jahrb. f. Dogm. II S. 27, Bähr Jahrb. f. Dogm. VI S. 288, Zaun Arch. f. prakt. RW. N. F. I S. 32—50, Thöl Handelsrecht I § 70. 75 (abgesehen von dem Gebiete des Handelsrechts). Vgl. II § 313 Note 4. Auch Mitteis S. 84 fg.

[16a] Vgl. hierzu und zum Folgenden Buchka a. a. O. S. 237 fg., Dernburg a. a. O. S. 17 fg. und Preuß. Privatr. I S. 214. Pand. I S. 268, Herrmann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VII S. 269—275, Kuntze a. a. O. S. 285, Sintenis I S. 147. II S. 363. 370, Unger Zeitschr. f. Dogm. X S. 4 fg., Laband a. a. O. S. 224—229, Brinz Lehrb. 1. Aufl. S. 1611 fg., v. Canstein a. a. O. in Busch's Arch., Thöl Handelsrecht 6. Aufl. I § 69. 70, Curtius a. a. O. S. 86 fg., Zimmermann a. a. O. S. 37 fg., Karlowa a. a. O. S. 54 fg., Hasenöhrl österr. Obligationenrecht I S. 383 fg., Hellmann S. 1 fg. 145 fg., Leonhard der Irrthum bei nichtigen Verträgen S. 493 fg., Mitteis S. 78 fg.

Wirkungen erzeugt, welche eingetreten sein würden, wenn eine Willenserklärung gleicher Art von dem Vertretenen wäre abgegeben worden. Von der anderen Seite ist das, was thatsächlich vorliegt, und woraus das Recht Wirkungen hervorgehen läßt, immerhin eine Willenserklärung des Vertreters[16b]. Daher kommt

[16b] Die Aufgabe, welche das Rechtsinstitut der Stellvertretung (im Willen) verfolgt, ist die, einer Person möglich zu machen, durch eine fremde Handlung eine eigene Handlung vornehmen, durch eine fremde Willenserklärung eine eigene Willenserklärung abgeben zu können. In welcher Weise ist diese Aufgabe zu lösen? Nicht in der Weise, daß gesagt wird: die Willenserklärung des Vertreters sei die Willenserklärung des Vertretenen, die Willenserklärung des A ist eben die Willenserklärung des A, und nicht die des B. Aber auch nicht in der Weise, daß man sagt, wie ich das in früheren Auflagen gethan habe (dagegen mit Recht Karlowa), die Willenserklärung des Vertreters werde für die rechtliche Behandlung als die Willenserklärung des Vertretenen gedacht. Die Handlung des A kann so wenig als die Handlung des B gedacht werden, wie sie die Handlung des B ist; indem ich die Willenserklärung des A denke, denke ich eben die Willenserklärung des A, und die keines Andern. Man muß also sagen, daß als Willenserklärung des Vertretenen gedacht (fingirt, § 67 a. E.) werde nicht die Willenserklärung des Vertreters, sondern eine Willenserklärung wie die des Vertreters, nur nicht bloß eine Willenserklärung gleichen Inhalts, sondern eine Willenserklärung mit allen den Besonderheiten, welche dieselbe aus dem Zustande des Inneren des Vertreters empfängt, ein Stück Seelenleben von gleicher Beschaffenheit, wie dasjenige, welches sich in dem Vertreter vollzog, als er die Willenserklärung abgab. — Die Ansichten sind sehr verschieden. Andere Auffassungen sind folgende. 1) Es wird bei der Stellvertretung eine Willenserklärung des Vertretenen nicht gedacht, sondern sie ist thatsächlich vorhanden. Der Vollmachtgeber erklärt kraft der von ihm dem Bevollmächtigten ertheilten Vollmacht durch den Bevollmächtigten seinen Willen. Es bedarf keiner Bemerkung, daß diese Auffassung, von Anderem abgesehen, den Fällen, wo die Vertretungsbefugniß nicht auf einer von dem Vertretenen ertheilten Vollmacht beruht, nicht gerecht wird. Im Besonderen tritt diese Auffassung noch in verschiedener Gestalt auf. a) Es ist nichts vorhanden, als eine Willenserklärung des Vollmachtgebers (Savigny, Ruhstrat, Scheurl, Dernburg, Hellmann, v. Canstein). Der Bevollmächtigte ist das „Organ" des Vollmachtgebers, „wie der römische Nuntius". b) Es ist vorhanden eine Willenserklärung des Vollmachtgebers, aber auch eine Willenserklärung des Bevollmächtigten (Thöl). Und zwar ist die Willenserklärung des Bevollmächtigten das Prius und die Grundlage der Willenserklärung des Vollmachtgebers, diese entsteht aus jener (S. 222), der Bevollmächtigte erzeugt dem Vollmachtgeber seinen Willen (S. 231). 2) Nach einer andern Ansicht wird bei der Stellvertretung eine Willenserklärung des Vertretenen so wenig gedacht, wie sie thatsächlich vorhanden ist. Sondern das Verhältniß ist das, daß die Willens-

für den Vertretenen ein Rechtsgeschäft nicht zu Stande, wenn der Vertreter das als gewollt Erklärte nicht gewollt hat[17], und ebenso ist bei der ferneren Beurtheilung der Gültigkeit und Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts, so weit dabei Regeln in Betracht kommen, die einen gewissen Zustand des Inneren des Urhebers des Rechtsgeschäfts zur Voraussetzung haben, zu fragen, ob dieser Zustand bei dem Vertreter vorhanden war oder nicht[18]. In allen anderen

---

erklärung des Vertreters Wirkung nicht für ihn, sondern für den Vertretenen hat. So Jhering Geist des röm. R. III S. 166 (173): „Trennung der Ursache und Wirkung beim Rechtsgeschäft". Ebenso Wendt in Endemann's Handb. des Handelsr. I S. 277. Diese Auffassung wird der Intention der Parteien nicht gerecht, und geräth in unlösliche Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Grenze zwischen dem durch einen Stellvertreter abgeschlossenen Vertrag und dem Vertrag zu Gunsten eines Dritten. 3) Im Wesentlichen die gleiche Ansicht hat Karlowa. Denn wenn dieser Schriftsteller das Wesen der Stellvertretung darin sieht, daß der von dem Vertreter vorgenommene Errichtungsact das Rechtsgeschäft in der Person des Vertretenen zur „Existenz" bringe, so versteht er unter Existenz des Rechtsgeschäfts zwar nicht die von dem Rechtsgeschäft beabsichtigten rechtlichen Wirkungen, aber doch eine von dem Rechtsgeschäft ausgehende Wirkung, die Grundlage und Ursache jener Wirkungen. Vgl. § 82 Note 2. 4) Gegen die Zuhülfenahme einer Fiction erklärt sich auch Zimmermann. Er stellt die Formel auf, der Stellvertreter handele in der erkennbaren Absicht, das Selbsthandeln eines Andern zu ersetzen. Aber was heißt das anders, als daß der Stellvertreter will, daß sein Handeln als das Handeln des Vertretenen rechtlich in Betracht kommen, also für die rechtliche Behandlung als das Handeln des Vertretenen gedacht werden solle? 5) Wenn jetzt Mitteis S. 109 fg. lehrt, das Rechtsgeschäft komme zu Stande auch durch den Willen des Vertretenen und nicht allein durch den Willen des Vertreters, so ist das gewiß nicht richtig für den Fall der gesetzlichen Stellvertretung, unzweifelhaft richtig für den Fall der auf dem Willen des Vertretenen beruhenden, aber doch auch für diesen Fall nur in dem Sinne daß der Grund, weßwegen dem Vertretenen ein fremder Wille von der Rechtsordnung als sein Wille angerechnet wird, eben sein Wille ist. Gut ist die Bemerkung Mitteis', daß die Erklärung des Vertreters möglicherweise einen Willensinhalt zum Ausdruck bringen kann, welcher mit dem Inhalt des Willens des Vertretenen ganz oder theilweise zusammenfällt (Spezialvollmacht).

[17] S. aber auch Note 21.

[18] Die ädilicischen Ansprüche sind nicht begründet, wenn der Vertreter den Fehler der gekauften Sache gekannt hat. Der Vertretene wird nicht nach Art. 306 des HGB. Eigenthümer, wenn der Vertreter gewußt hat, daß der Veräußerer nicht Eigenthümer ist. Der Vertretene haftet, wenn der Vertreter beim Verkaufe einen Fehler der verkauften Sache arglistigerweise verschwiegen hat. Der Vertretene haftet nicht, wenn der Vertreter zu der Willenserklärung

Beziehungen kommt es für die Gültigkeit und Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts auf die Person des Vertreters nicht an. Im Besonderen ist das Rechtsgeschäft nicht deßwegen für den Vertretenen ungültig, weil der Vertreter handlungsunfähig war[19]. Ist für den Vertreter eine Form vorgeschrieben, nicht für den Vertretenen, so bedarf das Rechtsgeschäft einer Form nicht[20]. — Beruht die Vertretungsbefugniß des Vertreters auf einer Willenserklärung des Vertretenen (§ 74), so muß, damit ein Rechtsgeschäft für den Vertretenen zu Stande komme, auch diese Willenserklärung die Erfordernisse einer gültigen Willenserklärung an sich tragen. Besondere Regeln ergeben sich, wenn diese Willenserklärung auf den speziellen Inhalt der von dem Vertreter abzugebenden oder abgegebenen Erklärung gerichtet ist[21].

durch Zwang oder Betrug bestimmt worden ist. Vgl. l. 51 D. de aed. ed. 21. 1, l. 16 § 3 de lib. causa 40. 12, l. 30 § 7 D. de A. v. O. H. 29. 2, l. 4 § 17 D. de doli exc 44. 4. Budde Entsch. des OAG. zu Rostock VII Nr. 12. Seuff. Arch. XXV. 93. 119, XXVII. 126, XXX. 25, XXXII. 227.

[19] Vgl. l. 7 § 2 D. de inst. act. 14. 3. Anders wenn der Vertreter wahnsinnig oder ein Kind war, weil das Recht die Erklärungen dieser Personen als die Erklärungen eines Willens nicht ansieht. Was jedoch nicht ausschließt, daß der Vertretene sich auch eine solche Erklärung als die Erklärung seines Willens durch Vollmacht oder durch Genehmigung aneignen kann. Die Ansichten sind verschieden. Hellmann S. 145 fg., Mitteis S. 266 fg.

[20] Mitteis S. 268 macht wohl mit Recht eine Ausnahme für diejenigen Formen, welche darauf gerichtet sind, die mangelnde Ausdrucksfähigkeit einer Person zu unterstützen und eine Garantie für die Richtigkeit der Erklärung zu geben.

[21] a) Wenn in diesem Fall die Erklärung des Vertreters zwar seinen Willen, aber nicht den Willen des Vertretenen wiedergibt (z. B. der Vertreter hat den ihm ertheilten Auftrag nicht verstanden), so kommt ein Rechtsgeschäft für den Vetretenen nicht zu Stande. Die l. 34 § 1 D. de A. v. A. P. 41. 2 in ihrer ersten Entscheidung muß von einem Generalmandat verstanden werden (vgl. § 155 Note 10). Wie aber ist es in dem umgekehrten Fall, wenn die Erklärung des Vertreters zwar nicht seinem Willen entspricht, wohl aber dem des Vertretenen? (Der Vertreter hat den Auftrag des Vertretenen mißverstanden, erklärt aber durch ein neues Mißverständniß den von dem Vertretenen wirklich ausgesprochenen Willen.) Streng genommen muß man sagen, daß für den Vertretenen ein Rechtsgeschäft nicht zu Stande komme. Denn es ist zwar sein Wille erklärt worden, aber nicht als der seinige, sondern als der des Vertreters. Von der anderen Seite würde das Rechtsgeschäft doch gültig sein, wenn der Vertreter als Bote aufgetreten wäre. Ob es wohl auf dieser Betrachtung beruht, wenn l. 34 § 1 D. de A. v. A. P. in ihrer zwei

§ 74.

Das Recht, ein Rechtsgeschäft im Namen eines Anderen abzuschließen, kann begründet sein[1]: 1) in einem öffentlichen Amte, z. B. der Vormundschaft; 2) in der Verfassung einer juristischen Person; 3) in einer von dem Geschäftsherrn ertheilten Vollmacht[1a]. Der Umfang der Vollmacht muß, wo er zweifelhaft ist,

ten Entscheidung die Willenserklärung für gültig erklärt? Aber nach dem soeben Gesagten kann jedenfalls ihre erste Entscheidung von einem Specialauftrag nicht verstanden werden. Die Stelle bleibt unter allen Umständen eine Crux. Exner Tradition S. 131 Anm. 22 hält die genannte (zweite) Entscheidung für eine „kaum zu rechtfertigende Singularität". Mitteis S. 105. 272 fg. stellt auf den Grund derselben den allgemeinen Satz auf, daß der Irrthum des Vertreters nicht schade, wenn seine Erklärung dem Willen des Vertretenen entspreche — ohne auf das soeben bezeichnete Bedenken Rücksicht zu nehmen. Bei Mitteis auch weitere Literaturangaben. b) Wer einen Specialauftrag zum Ankauf einer bestimmten Sache ertheilt, hat die ädilicischen Ansprüche nicht, wenn er den Fehler der Sache gekannt hat, obgleich er dem Vertreter unbekannt war. Er wird nicht Eigenthümer nach HGB. Art. 306, wenn er das Nichteigenthum des Verkäufers gekannt hat, obgleich der Vertreter ihn für den Eigenthümer hielt ꝛc. Vgl. l. 16 § 3 l. 17 D. de lib. causa 40. 12, l. 51 pr. D. de aed. ed. 21. 1, l. 13 D. de contr. emt. 18. 1. Bei l. 51 § 1 de aed. ed. 21. 1 ist zu beachten, daß der römische procurator den Vertrag in eigenem Namen schloß. Muß man nicht auch umgekehrt sagen, daß bei Specialauftrag die scientia des Vertreters durch die ignorantia des Vertretenen unschädlich gemacht werde? So Mitteis S. 278 fg. mit Ausnahme jedoch des Falles, wo durch eine Vertragsschließung für den Vertretenen dem anderen Vertragschließenden gegenüber eine vortheilhafte Rechtsstellung begründet werden soll. Die Quellen gewähren kein reines Resultat; s. auf der einen Seite l. 51 pr. D. de aed. 21. 1, l. 16 § 3 l. 22 § 5 D. de lib. causa 40. 12, auf der anderen Seite l. 17 eod., l. 2 D. de litig. 44. 6, und vgl. über diese letzteren Stellen Mühlenbruch Cession S. 125 fg, Buchka S. 15 fg., Schmid Cession S. 399, Mandry das gem. Familiengüterrecht I S. 121, Hellmann S. 160 fg., Mitteis S. 281. 285. c) S. Note 19.

[1] Von dem überaus eigenthümlichen Fall der Pupillarsubstitution wird hier abgesehen. S. darüber III § 558 fg. § 74.

[1a] Die Römer verwenden zur Bezeichnung der Vollmacht den nämlichen Ausdruck, mit welchem sie den Auftrag bezeichnen (mandatum), so z. B. in der geläufigen Redewendung mandare actionem. Unsere Rechtssprache ist reicher; Auftrag bezeichnet, daß Einer für einen Andern etwas thun soll, Vollmacht, daß Einer für einen Andern etwas zu thun die rechtliche Macht hat. Der Auftrag erzeugt ein Verpflichtungsverhältniß zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten, die Vollmacht gibt dem Bevollmächtigten eine gewisse

durch Auslegung bestimmt werden[2]. Die Vollmachtsertheilung kann nicht bloß durch eine an den Bevollmächtigten gerichtete Erklärung erfolgen[2a]; sie kann auch dem Dritten gegenüber, mit welchem das Rechtsgeschäft abgeschlossen werden soll[2b], oder öffentlich dem Publicum gegenüber erklärt werden. Die Vollmacht bindet den Vollmachtgeber nicht, sie kann frei zurückgenommen werden; ebenso verliert sie ihre Kraft durch den Tod oder eintretende Handlungsunfähigkeit des Vollmachtgebers[2c]. Ist aber

---

rechtliche Stellung nach Außen. Allerdings kann in dem Auftrage zum Vollzuge eines Rechtsgeschäftes auch eine Vollmacht liegen; aber es ist dieß nicht nothwendig der Fall; der Auftrag kann auch darauf gerichtet sein, daß der Beauftragte für sich handeln solle. Ebenso kann es eine Vollmacht geben ohne Auftrag. Vgl. hierzu Laband (§ 73*) S. 203 fg., Ladenburg Zeitschr. f. Handelsr. XI S. 72 fg., v. Canstein Grünhut's Zeitschr. III S. 670 fg., Drechsler actio quod iussu S. 22 fg. — Die Vollmacht braucht übrigens nicht auf ein Handeln im Namen des Vollmachtgebers zu gehen. Ich kann z. B. Jemanden auch bevollmächtigen, meine Sache in eigenem Namen zu veräußern. — Endlich ist zu bemerken, daß es nicht sprachwidrig ist, auch die auf gesetzlicher Anordnung beruhende Befugniß, mit rechtlicher Wirkung für einen Andern zu handeln, Vollmacht zu nennen. — Ueber die Behauptung Amann's (über den Begriff des procurator und mandatarius nach röm. R., Heidelberg 1879), in den Quellen bezeichne mandatarius immer den Beauftragten, der auf eigenen Namen handele, während der Ausdruck procurator auf den Beauftragten gehe, der auf den Namen des Auftraggebers handele, vgl. Bekker Besitz S. 206 fg., Brinz Arch. f. civ. Pr. LXIII S. 327 fg., Burckhard krit. VJSchr. XXIII S. 52 fg, Schloßmann Besitzerwerb durch Dritte S. 16 fg.

[2] Die Unterscheidung der Vollmacht in eine generelle und specielle hilft dabei nicht; es sind dieß rein relative Begriffe: eine Vollmacht ist generell oder speciell, je nach dem sie genereller oder specieller ist, als eine andere. Ueber die Auslegung einer Vollmacht zur Verwaltung des ganzen Vermögens s. l. 58. 60. 63 D. de proc. 3. 3, l. 11 § 7 l. 12 D. de pign. act. 13. 7, l. 7 pr. D. de don. 39. 5, l. 9 § 4 D. de A. R. D. 41. 1, c. 4 de proc. in VI° 1. 19. Vgl. Sintenis II S. 570—575, Mitteis S. 188 fg.

[2a] Man darf nicht von einem mit dem Bevollmächtigten abgeschlossenen Vertrag reden. Vgl. Hellmann S. 109 fg., Mitteis S. 185 fg., und die daselbst Citirten.

[2b] Eine Erklärung der Vollmachtertheilung an den Dritten muß auch darin gefunden werden, daß der Bevollmächtigte mit einer zur Vorlage an den Dritten bestimmten Vollmachtsurkunde (Legitimationsurkunde) ausgerüstet wird. Der Fall der brieflichen Bevollmächtigung gehört hierher nicht.

[2c] L. 48 D. de A. v. O. II. 29. 2; l. 2 § 6 D. de don. 39. 5, l. 41 D. de R. C. 12. 1; l. 4 pr. D. de manum. vind. 40. 2; l. 12 § 16 l. 26 pr. D.

die Bevollmächtigung dem Dritten gegenüber oder öffentlich erklärt worden, so kann das Erlöschen der Vollmacht dem Dritten, welcher in unverschuldeter Unkenntniß das Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, nicht zu seinem Schaden entgegengesetzt werden[2d].

Hat Jemand ein Rechtsgeschäft im Namen eines Andern abgeschlossen, ohne dazu berechtigt zu sein, so kommt es darauf an, ob der Andere das Rechtsgeschäft genehmigt[3], oder nicht. Bis sich dieß entscheidet, befindet sich das Rechtsgeschäft in dem

---

mand. 17. 1; l. 25 § 14 l. 47. 50 D. de A. v. O. H. 29. 2. — Abweichend in Betreff des Todes des Vollmachtgebers HGB. Art. 54 Abs. 2. — Kann auf den Widerruf verzichtet werden? Dawider Seuff. Arch. XXXIV. 204 (ROHG.) und XXXVI. 193 (RG., Entscheidungen III S. 186). Mitteis S. 201 fg.

[2d] Bei öffentlicher Bekanntmachung finden die Grundsätze von der praepositio institoris analoge Anwendung, l 11 § 2—5 D. de inst. act. 14. 3. Aus einer dem Dritten erklärten Bevollmächtigung haftet der Vollmachtgeber nach den Grundsätzen des Mandats (II § 411 Note 2. 7). Seuff. Arch. XXVIII. 29, XXIX. 28. Weiter geht Mitteis S. 199 fg. Vgl. HGB. Art. 45. 46. — Das Gleiche gilt von der Beschränkung der Vollmacht durch eine dem Bevollmächtigten ertheilte Instruction. Insofern ungenügend Windscheid Wille und Willenserklärung S. 23 (Arch. f. civ. Pr. LXIII S. 94). Vgl. Kohler Jahrb. f. Dogm. XVI S. 342 fg., Mommsen Erörterungen II S. 120, Pernice Zeitschr. f. Handelsr. XXV S. 124, Hasenöhrl österr. Privatr. I S. 528 Note 19, Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 3 fg., Leonhard Irrthum S. 354 fg.

[3] Ratum habere, ratihabitio. Von Genehmigung und ratihabitio wird übrigens nicht bloß bei Rechtsgeschäften, welche ein Anderer in unserem Namen abgeschlossen hat, gesprochen (s. § 81 Note 8, § 83 Note 4. 8), ferner nicht bloß bei Rechtsgeschäften (vgl. z. B. l. 1 § 14 D. de vi 43. 16, l. 13 § 6 D. quod vi aut clam 43. 24); genehmigen heißt im Allgemeinen: eine (fremde) Handlung billigen, gutheißen. Von der Genehmigung überhaupt handeln außer den Inauguraldissertationen von Busse (1834), Agricola (1848), Gregory (1864) (vgl. krit. VJSchr. VI S. 414—416) und der Habilitationsschrift von Girtanner (1848): Hufeland Abhandlungen aus dem Civilrecht I Nr. 4 (1814), Beckhaus über die Ratihabition der Rechtsgeschäfte (1859), L. Seuffert die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte (1868, darüber Regelsberger krit. VJSchr. XI S. 361 fg.), G. Polignani la dottrina della Ratihabitio (1869, darüber Windscheid krit. VJSchr. XII S. 152 fg.), E. Zimmermann in der § 73 Note * bezeichneten Schrift S. 138 fg. Vgl. über diese schwierige und bestrittene Lehre außerdem: Wächter I S. 428 fg. Württ. Privatr. II § 100, Böcking I § 116. o sqq., Vangerow I § 88 Anm., Sintenis I S. 156 fg., Unger II § 92, Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 295—302, Dernburg Pfandr. I S. 207—209. 229—231.

Zustand der Schwebe; seine rechtliche Wirkung ist nicht negirt, sondern suspendirt[4]. Dieß zeigt sich namentlich darin, daß der andere Vertragschließende schon vor erfolgter Genehmigung gebunden ist[4a]. Es kann auch der Stellvertreter, welcher selbst kein Recht erlangt hat, den anderen Vertragschließenden aus der Gebundenheit nicht entlassen; er kann auch eine einseitige im Namen eines Anderen abgegebene Willenserklärung nicht zurücknehmen[4b]. Noch weniger schadet Tod oder eintretende Willensunfähigkeit des Stellvertreters vor der Genehmigung[4c].

[4] Das Rechtsgeschäft ist nicht ungültig, es befindet sich in ähnlicher Lage, wie das bedingte Rechtsgeschäft (§ 89). Aber man darf nicht sagen, daß es ein bedingtes Rechtsgeschäft ist; dasjenige, was noch fehlt, ist nicht ein Aeußerliches, sondern der Wille desjenigen, für welchen das Rechtsverhältniß begründet werden soll. Dieß hebt hervor Mitteis S. 205 fg., der aber schließlich ebenfalls darauf hinauskommt, daß der Genehmigende durch seine Genehmigung „ein für ihn bereits begründetes, aber bis dahin noch schwebendes Rechtsverhältniß" schafft.

[4a] Dieser wichtige Satz wird bewiesen durch l. 23 [24] D. de neg. gest. 3. 5. Vgl. auch l. 65 § 8 D. pro socio 17. 2. Seuff. Arch. XV. 223, XXX. 227, XXXIII. 221. A. M. Wächter Württ. Privatr. II S. 682 zu Note 20, Regelsberger Vorverhandlungen S. 89, Ruhstrat Jahrb f. Dogm X S. 211 fg., welche beide Letzteren eine Gebundenheit des anderen Vertragschließenden nur kraft eines mit dem Vertreter ausdrücklich oder stillschweigend abgeschlossenen Vertrages eintreten lassen wollen, Hellmann S. 119 fg.; theilweise a. M. (für den Fall einer Geschäftsführung nicht im Interesse des Vertretenen), Ogonowski die Geschäftsführung nach österr. R. (Lemberg 1876) S. 86 fg.; übereinstimmend Regelsberger krit VJSchr. XI S. 370. 371, Brinz 1. Aufl. S. 1614, Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. XIX S. 297 unt. 298, Zimmermann S. 138 fg. 276 fg., Mitteis S. 218.

[4b] L. 24 § 1 D. ratam rem 46. 8. Brinz krit. Blätter II S. 40, Seuffert S. 150 fg., Regelsberger krit. VJSchr. XI S. 371, Zimmermann S. 276 fg., Karlowa (§ 73 Note *) S. 60, Seuff. Arch. XIV 210. 211. A. M. Buchka S. 211, Vangerow 3. Aufl. III S. 295, Bähr Jahrb. f. Dogm. VI S. 288, v. Monroy die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte S. 44 fg., und mit Unterscheidungen: zwischen generellem und speciellem Geschäftsführer Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. X S. 220 fg., zwischen Geschäftsführung im Interesse und nicht im Interesse des Vertretenen derf. Jahrb. f. Dogm. XIX S. 290 fg., zwischen obligatorischen und anderen Geschäften Kohler Grünhut's Zeitschr. VII S. 742 fg. Mitteis S. 219 fg. erklärt die vertragsmäßige Wiederaufhebung des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts nur in dem Fall für ungültig, wo der dritte Vertragschließende weiß, daß die Wiederaufhebung erfolge, um dem Vertretenen zu schaden. Seuff. Arch. VII S. 273.

Erfolgt die Genehmigung, so wird dadurch der Mangel der ursprünglichen Berechtigung des Vertreters ersetzt, und das Rechtsgeschäft wird für den Genehmigenden wirksam, wie wenn es mit seiner Vollmacht abgeschlossen worden wäre[5]. Dieß gilt nicht bloß für den Inhalt des Rechtsgeschäftes, sondern auch für die Zeit, mit welcher seine Wirksamkeit beginnt, mit anderen Worten, die Genehmigung hat rückwirkende Kraft. Aus allgemeinen Gründen läßt sich das zwar in dieser Unbedingtheit nicht rechtfertigen; aber es ist im römischen Recht ausdrücklich so bestimmt[6]. Jedoch kann der Genehmigende erworbene Rechte Dritter,

---

[4c] L. 24 § 1 D. ratam rem 46. 8. A. M. früher Regelsberger Vorverhandlungen S. 89 fg., vgl. auch Ruhstrat a. a. O. X S. 240. — Zweifelhafter ist, ob auch der Tod des Vertretenen nicht schadet, ob das Recht der Genehmigung auf seine Erben übergeht? Für die Bejahung, für welche die Analogie der bedingten Willenserklärung (§ 89 Note 6) und ein arg. a contrario aus l. 7 D. ratam rem 46. 8, so wie l. 58 § 1 D. de sol. 46. 3 spricht, Seuffert S. 26 fg., Regelsberger krit. VJSchr. XI S. 371, Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 233 Note 206, Zimmermann S. 233 fg.; dawider Buchka S. 211, Brinz krit. Blätter II S. 210 (welcher aber Lehrb. 1. Aufl. S. 1622 das Gegentheil lehrt), Vangerow III S. 295, Hellmann S. 128 fg. Eine Unterscheidung macht Mitteis S. 228 fg.

[5] „Ratihabitio mandato comparatur". L. 12 § 4 D. de sol. 46, 3, l. 60 D. de R. I. 50. 17, c. 10 in VI° de R. I. 5. 13. Hierüber und über l. 9 D. neg. gest. 3. 5 vgl. Vangerow III § 664 Anm. Num. III, Seuffert S. 49 fg., Pernice Labeo I S. 515 fg., Schott der obligatorische Vertrag unter Abwesenden S. 62. 63 Anm. 108, Zimmermann S. 270 fg. Durch die Genehmigung gelangt zur Wirksamkeit das damals abgeschlossene Rechtsgeschäft, nicht ein in der Genehmigung liegendes neues. (A. M. Wächter Württemb. Privatr. II S. 682, welcher der Genehmigung als solcher nur insofern Wirkung zugestehen will, als durch das genehmigte Rechtsgeschäft ein noch jetzt fortbestehendes „factisches Verhältniß" erzeugt worden sei.) Daher braucht bei der Genehmigung die für das Rechtsgeschäft vorgeschriebene Form nicht wiederholt zu werden, wenn sie von dem Vertreter gewahrt worden ist (l. 24 pr. D. ratam rem 46. 8).

[6] Man bemerke: 1) es ist keinem Zweifel unterworfen, daß der Genehmigende sich das Rechtsgeschäft aneignen will, wie es abgeschlossen worden ist, also auch seinem Zeitverhältniß nach. 2) Daraus folgt aber an und für sich nur, daß er demjenigen, welchem gegenüber er die Genehmigung ausgesprochen hat, verpflichtet ist, sich so behandeln zu lassen, als wäre die Wirkung des Rechtsgeschäfts schon damals eingetreten; aber es folgt daraus nicht, daß diese Wirkung als damals wirklich eingetreten auch vom Rechte anerkannt wird; denn damals entsprach nun einmal das Rechtsgeschäft den

wie er über dieselben überhaupt keine Macht hat, auch durch seine Genehmigung nicht verkürzen; ihnen gegenüber scheitert also die rückwirkende Kraft der Genehmigung[7]. — Erfolgt die Ge-

Anforderungen des Rechts nicht. 3) Für entscheidend muß jedoch gehalten werden die allgemeine Verfügung Justinian's in l. 25 i. f. C. de don. i. v. e. u. 5. 16: „Sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt" (vgl. l. 7 pr. C. ad SC. Mac. 4. 28, c. 10 de R. I. in VI° 5. 13). S. darüber § 83 Note 10, auch Köppen in dem das. citirten Aufsatz S. 159. 160, Zimmermann S. 211 fg., Hellmann S. 114. Andere Stellen, welche für die rückwirkende Kraft der Genehmigung sprechen, beziehen sich auf unseren Fall der Genehmigung nicht (l. 56 D. de iudic. 5. 1, l. 16 § 1 D. de pign. 20. 1) oder wahrscheinlich nicht (l. 58 § 2 l. 71 § 1. 2 D. de sol. 46. 3). 4) Welches ist aber näher die Bedeutung der rückwirkenden Kraft der Genehmigung: ist ihre Bedeutung die, daß das Rechtsverhältniß, auf dessen Erzeugung das genehmigte Rechtsgeschäft gerichtet ist, als von diesem erzeugt angesehen wird, oder wird es als ein erst mit der Genehmigung entstandenes in die frühere Zeit zurückübertragen? Die Unterscheidung hat nicht bloß theoretische Bedeutung; namentlich hat im ersten Fall die Genehmigung Wirkung auch wenn zu ihrer Zeit die Bedingungen des Zustandekommens des gewollten Rechtsverhältnisses nicht mehr vorhanden sind, im zweiten Fall ist sie unter dieser Voraussetzung wirkungslos. Für die zuletzt gedachte Alternative spricht l. 24 pr. D. ratam rem 46. 8, und was einen anderen Fall der Genehmigung angeht, l. 5 pr. D. quis ordo 38. 15 und l. 25 ratam rem 46. 8, für die erste Alternative in Betreff des gleichen Falls mit der größten Entschiedenheit l. 71 § 1. 2 D. de solut. 46. 3, ebenso l. 58 § 2 eod. Um die Ausgleichung des Widerspruchs zwischen l. 25 § 1 und l. 71 § 1 citt. hat man sich zwar viele Mühe gegeben (vgl. Fein Arch. f. civ. Pr. XXVI S. 179—181 und die das. citirten Aelteren, ferner Seuffert S. 35, Brinz 1. Aufl. S. 1622, Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. X S. 229 fg., Köppen das. XI S. 234 Anm. 207, Hellmann S. 143 fg., Mitteis S. 160 fg.), aber m. E. ohne annehmbares Resultat. Wir haben es also hier mit einer Controverse der römischen Juristen zu thun, auf welche auch Justinian in l. 25 C. de don. i. v. e. u. hinweist, und bedenkt man nun, daß Justinian diese Controverse offenbar zu Gunsten der Rückwirkung schlechthin hat entscheiden wollen, so wird man geneigt sein, in seinem Sinne der ersten der oben aufgestellten Alternativen den Vorzug zu geben. So auch Fein a. a. O., Zimmermann S. 256 fg., Karlowa S. 61 fg. Im Allgemeinen: Seuffert § 13, Zimmermann S. 191 fg., Mitteis S. 260 fg.

[7] Doch wird für einen andern Fall der Genehmigung selbst diese Grenze nicht anerkannt in l. 71 § 2 D. de solut. 46. 3. Vgl. Zimmermann S. 247 fg. (Der letztgenannte Schriftsteller nimmt, entgegen dem Note 6 unter Nr. 2 Gesagten, auch für die begriffsmäßige Auffassung eine wirkliche und eigentliche Rückwirkung an, aber nur was die Existenz des Rechtsverhältnisses

nehmigung nicht, so hat das Rechtsgeschäft für den Vertretenen gar keine Wirkung; aber auch keine für den Vertreter, welcher für sich keine Wirkung hat erzeugen wollen. Nur ist derselbe bei Verträgen, insofern er für die Ertheilung der Genehmigung oder das Dasein der Vollmacht ausdrücklich oder stillschweigend die Garantie übernommen hat[7a], verpflichtet, dem andern Vertragschließenden[7] sein Interesse zu vergüten[8]. Auf Erlaß des durch die Vertragsschließung ihm zugefügten Schadens hat er Anspruch

selbst, nicht was die Existenz der aus demselben sich ergebenden Ansprüche und Einreden angeht, und macht die letztgedachte Unterscheidung auch für das Justinianische Recht. Dawider Mitteis S. 240 fg.)

[7a] Eine stillschweigende Garantieübernahme dieser Art liegt in jedem Contrahiren in fremdem Namen durch einen Nichtbevollmächtigten, welches ohne Angabe des Mangels der Vollmacht erfolgt, vorausgesetzt daß der Contrahent nicht annehmen durfte, dieser Mangel sei dem Gegner bekannt. Wie ist es in dem Fall, wo die Parteien den Vertrag in der Unterstellung des Vorhandenseins einer Vollmacht abgeschlossen haben, also ein Garantievertrag nicht angenommen werden kann? Zimmermann will in diesem Fall den Vertreter auf Erfüllung haften lassen. Wenn er sich dabei auf l. 1 § 9 D. quod iussu 15. 4 beruft, so ist zuzugestehen, daß diese Stelle nicht ohne Bedeutung ist; im Uebrigen ist seine Beweisführung bedenklich.

[8] Und also, insofern das Interesse des anderen Contrahenten hierauf geht, den Vertrag selbst zu erfüllen. Aber der Grund dieser Verpflichtung ist eben die übernommene Garantie, nicht der in fremdem Namen abgeschlossene Vertrag. A. M. Bähr Jahrb. f. Dogm. VI S. 285 fg., auf Grund der in § 73 Note 16 bezeichneten Auffassung. Die Ansichten sind überhaupt verschieden. Vgl. Buchka S. 238, Brinz krit. Blätter a. a. O. S. 39, Thöl Handelsr. I S. 155 (5. Aufl. S. 262), Seuffert S. 76, Laband Zeitschr. f. HR. X S. 229, Mommsen Erörter. II S. 43 fg., Mitteis S. 164 fg. Seuff. Arch. VI. 33, VIII. 255, XII. 156, XXXIII. 20, XXX. 117. Entscheid. des RG. VI S. 214 (Seuff. Arch. XXXVIII. 21). — Das HGB. Art. 55 (vgl. 298) läßt den Stellvertreter nach Wahl des anderen Vertragschließenden „auf Schadenersatz oder Erfüllung" haften. Seuff. Arch. XXXI. 52. Vgl. WO. Art. 95. — Laband und Mitteis a. a. O. verwenden zur Construction den von Jhering aufgestellten Begriff der culpa in contrahendo, von dem aus aber nur zur Prästation des s. g. negativen Vertragsinteresse zu gelangen ist. Vgl. II § 307 Note 5, II § 308 Note 7, II § 315 Note 7. Es ergibt sich ihnen daraus die Beschränkung, daß der Vertreter nicht hafte, wenn er sich über den Inhalt seiner Vertretungsbefugniß in einem entschuldbaren Irrthum befunden habe. Dawider Bähr a. a. O. S. 293 und Dernburg Preuß. Privatr. in der 1. Aufl. I § 113 Note 14 (anders in der 3. II S. 38). Nach dem hier vertretenen Standpunkt kommt es für diese Frage auf die Auslegung des Garantievertrages an (unbedingte Garantie oder Garantie

nur nach den allgemeinen Grundsätzen über die Schadensersatzverpflichtung[9].

4. Wirklichkeit des erklärten Willens.

§ 75*.

Das in der Erklärung als gewollt Bezeichnete kann möglicherweise nicht gewollt sein. Die Erklärung geht dahin, daß eine gewisse rechtliche Wirkung eintreten solle; aber gewollt ist dieses Eintreten nicht. Wer ein solches Auseinandergehen von Wille und Erklärung behauptet, muß es beweisen[1]; steht es fest, so erzeugt die Erklärung die als gewollt bezeichnete rechtliche Wirkung nicht. So das Princip[1a]. Dieses Princip erleidet aber bei Willenser-

quantum scire potuerim). — Bähr und Mitteis a. a. OO. stellen dem Stellvertreter im Willen den Boten gleich, wenn er das Geschäft mit Bewußtsein von dessen Bedeutung vermittele.

[9] Actio doli und actio legis Aquiliae. A. M. Mitteis S. 156 fg.; der Vertreter (einschließlich des Boten in dem in der vorigen Note bezeichneten Fall) hafte mit der Vertragsklage, weil er eine eigene Handlung vornehme. Aber er ist doch nicht Vertragsschließender. Die Berechtigung zur Uebertragung dessen, was für den Vertragschließenden wahr ist, auf Jeden, der bei einer Vertragschließung thätig wird, hat Mitteis nicht nachgewiesen.

* Savigny III § 134.

§ 75. [1] Wenn Jemand sagt: ich will, so wird so lange angenommen, daß er wirklich wolle, bis aus objectiv erkennbaren Thatsachen sein Nichtwollen dargethan ist. Nur dieß will Savigny a. a. O. 259 sagen, den Leonhard in der in der folgenden Note citirten Schrift S. 4 fg. zum Vertreter der daselbst bezeichneten neuen Ansicht macht. Savigny sagt nicht: „erkennbar ist", sondern „erkennbar ist oder wird" und spricht sogleich darauf von „erweislich". S. auch Lotmar krit. VJSchr. XXV S. 370. XXVI S. 273 fg.

[1a] In der neueren Zeit ist dieses Princip von verschiedenen Seiten bestritten worden, und es ist an die Stelle desselben das andere Princip gesetzt worden, daß für die rechtliche Wirkung der Willenserklärungen entscheidend sei nicht der wirkliche Wille des Urhebers der Willenserklärung, sondern dasjenige, was dem oder den der Willenserklärung Gegenüberstehenden als sein wirklicher Wille in berechtigter Weise erscheine. Hierher gehören folgende Schriftsteller: Röver über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen (1874). Bähr über Irrungen im Contrahiren, Jahrb. f. Dogm. XIV S. 393 fg. (1875). Lotmar über causa im röm. Recht S. 15—17 (1875). Schloßmann der Vertrag S. 85—140 (1876). Hölder krit. VJSchr. XVIII S. 176 fg. (1876) Institutionen § 18 Nr. II (1877). Schall der Parteiwille im Rechtsgeschäft (1877). Kohler Jahrb. f. Dogm. XVI S. 91 fg. 325 fg. XVIII S. 136 fg. (1878. 1880). Patentrecht S. 727. 728 (1878). krit. VJSchr.

klärungen, die einem Andern gegenüber abgegeben werden[1b], eine Ausnahme in dem Fall, wo dem Urheber der Willenserklärung Arglist dem anderen Contrahenten gegenüber zur Last fällt. Aus

XXI S. 494. XXIII S. 34 (1879. 1881). Thon Rechtsnorm und subjectives Recht S. 356 fg. (1878). Bekker krit. VJSchr. XXII S. 51 fg. 54 fg. (1880). Hasenöhrl österr. Obligationenrecht I S. 523 fg. (1881). Leonhard Zeitschr. f. Handelsr. XXVI S. 296 fg. (1881). Hartmann Wort und Wille im Rechtsverkehr, Jahrb. f. Dogm. XX S. 1 fg. Leonhard der Irrthum bei nichtigen Verträgen S. 1 fg. 322 fg. (1882. 1883). Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 6 fg. (1882). Vgl. auch Seuff. Arch. XXXV 269 und die Citate § 76 Note 2. Gegen diese Ansicht haben sich erklärt: Windscheid Wille und Willenserklärung, akad. Programm 1878 (auch abgedruckt Arch. f. civ. Pr. LXIII S. 72 fg.). Zitelmann Jahrb. f. Dogm. XVI S. 357 fg. (1878). (Vgl. dens. Irrthum und Rechtsgeschäft S. 229. 235 fg. 255 fg. 396 fg.) Scheiff die Divergenz zwischen Wille und Erklärung, Bonner Inauguraldissertation 1879. Mommsen Erörterungen II S. 93 fg. (1879). Pernice Zeitschr. f. HR. XXV S. 77 fg. (1880). Thomsen die rechtliche Willensbestimmung (Kieler Inaug.-Dissertation 1882). S. auch Bruns in den nachgelassenen Pandektenfragm., kl. Schriften II S. 473 fg. Aus der ausländischen Literatur ist zu bemerken: Moddermann will of vertrouwen, Groningen 1880, welcher Schriftsteller sich sehr entschieden für die neue Ansicht erklärt und eine Reihe von Stimmen aus der Niederländischen Jurisprudenz nennt, die sich in gleicher Weise ausgesprochen haben, — während die herrschende Ansicht in Schutz genommen wird von Opzoomer in seinem Commentar zum Niederländischen bürg. Gesetzbuch V S. 28 fg. und von Goudsmit in seinem Pandektensystem II S. 84 fg. — Ich muß mich hier auf folgende Bemerkungen beschränken. 1) Nicht von allen, ja nur von den wenigsten der oben genannten Schriftsteller wird die neue Ansicht in vollem Umfange vorgetragen. Einerseits wird sie beschränkt auf Willenserklärungen unter Lebenden, oder auf Willenserklärungen in Verträgen, oder auf Willenserklärungen in obligatorischen Verträgen, oder gar auf Willenserklärungen in gegenseitigen Verträgen. Andererseits wird ein Unterschied gemacht zwischen den verschiedenen Graden des Willensmangels. Hier findet sich folgende Abstufung. a) Damit die nicht gewollte rechtliche Wirkung eintrete, ist nothwendig eine Handlung, welche in der Absicht vorgenommen worden ist, um in dem Gegenüberstehenden den geistigen Eindruck hervorzurufen, daß der Handelnde einen bestimmten Willen habe. b) Diese Absicht ist nicht erforderlich; es genügt eine Handlung, aus welcher der Gegenüberstehende in berechtigter Weise den Eindruck empfangen hat, daß der Handelnde wolle. c) Die rechtliche Wirkung tritt selbst dann ein, wenn auch die körperliche Bewegung, aus welcher der Gegenüberstehende diesen Eindruck empfangen hat, nicht gewollt ist. 2) Man hat sich für die neue Ansicht auf die Natur der Willenserklärung berufen. Ich halte diese Beweisführung nicht für gelungen, was hier nicht erschöpfend verfolgt werden kann. Das Scheinbarste ist Folgendes: der Wille kann direct nicht

diesem Grunde findet die Mentalreservation im Rechte keine Beachtung[1c]. Der Arglist steht die grobe Nachlässigkeit gleich[1d].

Daß in der Erklärung etwas als gewollt bezeichnet ist, was

erkannt werden, er kann nur erschlossen werden aus sinnlich wahrnehmbaren Zeichen, welche zu dem Ende gesetzt werden, damit aus denselben auf das Vorhandensein des Willens geschlossen werde; also ist Willenserklärung = Setzen von Zeichen in dieser Absicht. Das wäre die Rechtfertigung für die unter 1 bei a bezeichnete Meinung. So in der That, wenn auch nicht den Worten, doch der Sache nach, Kohler a. a. OO. Aber daraus, daß der Wille nur offenbart werden kann durch Setzen von Zeichen in der Absicht, daß aus denselben auf das Vorhandensein eines Willens geschlossen werden soll, folgt nicht, daß das Setzen von Zeichen in dieser Absicht nothwendig Offenbarung eines wirklich vorhandenen Willens sei. Diese Argumentation setzt also voraus, was zu beweisen war, daß es auf diesen Willen nicht ankomme. 3) Sehr beliebt ist bei den Vertheidigern der neuen Ansicht die Berufung auf die Bedürfnisse des Verkehrs. Es wird hier verwerthet ein Zug, von dem anzuerkennen ist, daß er in dem modernen Rechtsbewußtsein sich mit Energie geltend macht, der Zug nach Gleichstellung des bona fide als Wirklichkeit angenommenen Scheins mit der Wirklichkeit. Aber von allem Anderen abgesehen ist dieß ein Argument de lege ferenda, nicht de lege lata. Vgl. § 22 Note 8. 4) In den Quellen des gemeinen Rechts findet die neue Ansicht keine Unterstützung, sondern Widerlegung. Vgl. das oben genannte Programm S. 14 fg. (Arch. S. 83 fg.) und Zitelmann Jahrb. f. Dogm. XVI S. 422 fg., Pernice Zeitschr. f. HR. XXV S. 105. Der Beweis, den neuerdings Leonhard a. a. O. dafür angetreten hat, daß der Ausdruck consensus in unseren Quellen nur die Uebereinstimmung der Erklärungen, nicht die Uebereinstimmung der Willen bezeichne, kann nicht als gelungen anerkannt werden. Dawider auch Regelsberger Zeitschr. f. HR. XXIX S. 313 fg., Lotmar krit. VJSchr. XXV S. 369 fg. XXVI S. 224 fg. 228 fg., Mandry Arch. f. civ. Pr. LXVI S. 483. Ueber l. 110 § 1 D. de V. O. 45. 1 s. § 84 Note 11.

[1b] Dahin gehören namentlich die Vertragserklärungen, aber auch z. B. die Kündigung, die Widerrufserklärung ꝛc. Anders begrenzt Regelsberger in Endemann's Handb. des Handelsr. II S. 400 Note 2.

[1c] Mentalreservation: es wird etwas, was nicht gewollt ist, als gewollt erklärt, um denjenigen, an den die Willenserklärung gerichtet ist, zu täuschen. Man darf nicht sagen, daß die Mentalreservation deßwegen unwirksam sei, weil sie nicht bewiesen werden könne. Ihr Beweis ist schwierig, aber nicht unmöglich. Sondern die Mentalreservation ist deßwegen unwirksam, weil das Recht nicht zugestehen kann, daß Jemand sich auf seine Lüge berufe. Vgl. das oben genannte Programm S. 27 fg. (Arch. S. 96 fg.). Fernere Literatur: Savigny III S. 259, Regelsberger civilr. Erörter. S. 18, Röver a. a. O. S. 49 fg., Kohler Jahrb. f. Dogm. XVI S. 94. 325 fg. (vgl. dens. Patentrecht S. 727. 728, krit. VJSchr. XXI S. 494. XXIII S. 34), Zitelmann Jahrb. f. Dogm. XVI S. 400 fg., Scheiff a. a. O. S. 30 fg.,

nicht gewollt ist, kann entweder dem Erklärenden bewußt sein, oder es kann ihm nicht bewußt sein.

Unter den Fällen der ersten Art ist der praktisch wichtigste[2] der der Simulation. Man bezeichnet mit diesem Ausdruck die Erklärung eines nicht gewollten Willensinhaltes, welche Jemand zu dem Ende vornimmt, um nach Außen den Schein eines Rechtsgeschäfts hervorzurufen[2a]. Möglicherweise kann er dabei ein anderes Rechtsgeschäft wirklich gewollt haben; dann entsteht die Frage ob nicht wenigstens dieses letztere zu Stande gekommen sei. Die Be-

---

Pernice Zeitschr. f. Handelsr. XXV S. 90 fg., v. Scheurl das gem. deutsche Eherecht S. 124 fg. (eigenthümlich, aber m. E. nicht richtig). In c. 26 X de spons. 4. 1 wird der Mentalreservation in einem besonderen Falle „seltsamer Weise Wirkung zugeschrieben, woraus aber gewiß Niemand geneigt sein wird, ein Rechtsprincip zu bilden" (Savigny a. a. O. Note a). Vgl. übrigens auch Scheiff a. a. O. S. 28 fg., v. Scheurl a. a. O. S. 128. — Der Mentalreservation braucht nicht nothwendigerweise eine gewinnsüchtige Absicht zu Grunde zu liegen. S. Note 2.

[1d] Die grobe Nachlässigkeit (culpa lata) der Arglist gleichzustellen (vgl. § 101 Note 10) berechtigen Stellen wie l. 8 pr. D. de edendo 2. 13, l. 9 § 4 D. ad exhib. 10. 4, l. 1 § 1 D. si mensor 11. 6, l. 2 § 5 D. de H. v. A. V. 18. 4, l. 7 § 1 D. de susp. test. 26. 10, l. 1 § 2 D. si is qui test. 47. 4. S. das cit. Programm S. 32 fg. (Arch. S. 99 fg.). Uebereinstimmend Regelsberger civilr. Erörterungen S. 17 fg. und in Endemann's Handb. des Handelsrechts II S. 400 fg. Dagegen Seuff. Arch. XXXVII. 288. — Liegt culpa lata nicht vor, so kann dem anderen Theil nur auf dem Wege des s. g. negativen Vertragsinteresse geholfen werden. S. § 311 Note 1.

[2] Ueber den Fall der Mentalreservation s. Note 1b. Andere Fälle: l. 24 D. de test. mil. 29, 1. l. 3 § 2 D. de O. et A. 44. 7 (Scherz, Lehrzweck). Pernice Zeitschr. f. Handelsr. XXV S. 116 fg. ist der Meinung, daß die zuletzt genannten Fälle der Mentalreservation gleichzustellen seien, und daß im Besonderen im Fall des Scherzes eine wirkliche Mentalreservation vorliege. Ich glaube, man muß unterscheiden zwischen Willenserklärung aus Scherz und im Scherz; dort will der Erklärende täuschen, er thut es aber nicht in eigennütziger Absicht, sondern um sich über den Anderen lustig zu machen (Note 1c a. E.), hier glaubt er, daß sein Scherz werde verstanden werden. Im letzten Fall kann der Erklärende, wenn nicht culpa lata vorliegt, nur auf das negative Vertragsinteresse (Note 1d) in Anspruch genommen werden. Vgl. Entscheid. des RG. VIII S. 248 fg. (Preuß. Recht).

[2a] Nach Außen: derjenige, dem gegenüber die Willenserklärung vorgenommen wird, kennt die Nichtwirklichkeit des Willens. — Auch die Mentalreservation bezeichnet man wohl als (einseitige) Simulation. Vgl. übrigens auch Schloßmann Vertrag S. 105 fg., Scheiff a. a. O. S. 26 fg., Zrodlowski röm. Privatr. II S. 317.

antwortung dieser Frage hängt davon ab, ob 1) die abgegebene Erklärung als ein gehöriger Ausdruck des vorhandenen Willens angesehen werden kann, und 2) ob nicht, was häufig der Fall sein wird, das Recht diesen Willen wegen seines Inhalts mißbilligt[3].

§ 76*.

Wenn der Erklärende kein Bewußtsein davon hat, daß in der abgegebenen Erklärung etwas als gewollt bezeichnet ist, was

[3] Cod. IV. 22 plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur; l. 54 D. de O. et A. 44. 7, l. 55 D. de contr. emt. 18. 1, l. 4 § 5 D. de in diem add. 18. 2, l. 30 D. de R. N. 23. 2, l. 3 C. de repud. 5. 17; l. 36. 38 D. de contr. emt. 18. 1, l. 46 D. loc. 19. 2, l. 5 § 5 l. 7 § 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 C. de contr. emt. 4. 38, l. 20 C. de don. i. v. e. u. 5. 16, l. 14 pr. D. de in diem add. 18. 2, l. 5. 6 C. si quis alteri 4. 50, l. 16 C. de don. i. v. e. u 5. 16. Vgl. Kohler Jahrb. f. Dogm. XVI S. 113 fg. Seuff. Arch. V. 146, XVIII. 132, XXII. 12, XXXI. 201; VI. 82, XIV. 75, XVII. 180, XX. 26, XXI. 98, XXVI. 21. — Kann die Nichtigkeit des simulirten Geschäfts auch gegen den Dritten geltend gemacht werden, der im Vertrauen auf die Gültigkeit des Geschäfts einen Erwerbsact vorgenommen hat? Vgl. Dernburg Preuß. Privatr. I § 104 Note 8 und Pand. I S. 228, Kohler Jahrb. f. Dogm. XVI S. 127 fg., Hartmann das. XX S. 3 fg., Leonhard Irrthum S. 131 fg., Regelsberger in Endemann's Handb. des Handelsr. III S. 408.

* Richelmann der Einfluß des Irrthums auf Verträge (1837). Savigny III § 135—139 (1840; diese Darstellung ist epochemachend geworden). Exner die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition S. 262—287 (1867). Hölder krit. VJSchr. XIV S. 561—583 (1872). Rittner österreichisches Eherecht S. 162 fg. (1876). Zitelmann Irrthum und Rechtsgeschäft, eine psychologisch-juristische Untersuchung, Leipzig 1879. (Vgl. über dieses bedeutende Werk Bekker krit. VJSchr. XXII S. 33 fg., Schloßmann Grünhut's Zeitschrift VII S. 543, Pernice Zeitschr. f. Handelsr. XXV S. 128 fg.) Bruns Pandektenfragmente, kl. Schriften II S. 478 fg. Leonhard der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach röm. R. Berlin 1882. 1883. (Vgl. über [und gegen] diese Schrift, deren Grundgedanke am Schluß der folgenden Note angegeben ist, Regelsberger Zeitschr. f. Handelsr. XXIX S. 308 fg., Lotmar krit. VJSchr. XXV S. 368 fg. XXVI S. 220 fg., Mandry Arch. f. civ. Pr. LXVI S. 480 fg.) Ryk der Irrthum bei Rechtsgeschäften, in „Juristische Abhandlungen, Festgabe für G. Beseler" (1885). — Wächter I § 72. Württ. Privatr. II § 102, Bangerow III § 604 Anm., Sintenis I S. 193 fg. II S. 298 fg., Brinz 1. Aufl. S. 1393 fg., Unger II § 89, Goldschmidt Handelsrecht I § 62, Hasenöhrl österr. Obligationenrecht I S. 544—579. — Die Aufsätze von Voigt Arch. f. civ. Pr. LIII S. 404—432. LIV S. 23—80. 194—241

er nicht will, so befindet er sich in einem Irrthume. Gewöhnlich sagt man, daß in diesem Falle die Willenserklärung nichtig sei wegen des Irrthums, in welchem der Erklärende sich befinde. Das ist ein bequemer, aber ein ungenauer Ausdruck. Nicht der Irrthum ist der Grund der Nichtigkeit der Willenserklärung, sondern eben, daß der Erklärung kein wirklicher Wille entspricht; der Irrthum ist nur der Grund, weßwegen ein nicht wirklich Gewolltes als gewollt erklärt worden ist[1].

Die bei dem Irrthum stattfindende Willensunwirklichkeit kann von verschiedener Art sein.

1. Entweder ist nur der in der Erklärungshandlung bezeichnete Willensinhalt nicht gewollt, während die Erklärungshandlung

(1870. 1871) und von Hesse Arch. f. civ. Pr. LVII S. 182—253 (1874) und Jahrb. f. Dogm. XV S. 62—135. 206—250 (1877) enthalten eine Bearbeitung der juristischen Lehre vom Irrthum überhaupt. Vgl. darüber Zitelmann a. a. O. S. 11 fg. Auch die Darstellung Zitelmann's ist so angelegt, daß in ihr die Grundlage zur Lehre vom Irrthum überhaupt enthalten ist, während sie sich näherer Ausführungen über andere Irrthumsfälle, als die in diesem § bezeichneten, enthält.

[1] Savigny (III Beil. VIII Nr. XXXIV) nennt deßwegen diesen Irr- § 76.
thum „unächten" Irrthum, offenbar unpassend; ein unächter Irrthum ist ein Irrthum, welcher nur scheinbar ein Irrthum ist, nicht aber ein Irrthum, welcher nur scheinbar eine gewisse rechtliche Wirkung ausübt. Die Unterscheidung selbst zwischen diesem s. g. unächten Irrthum und dem Irrthum im Beweggrund (§ 78) halte ich nach wie vor für die allein richtige Grundlage einer befriedigenden Theorie vom Irrthum und ihre Feststellung für eines der schönsten Verdienste Savigny's. Sie ist aber nicht ohne Anfechtung geblieben. S. im Besonderen Bekker (krit. VJSchr. III S. 187—201, vgl. V S. 395. 396), und neuestens Leonhard a. a. O., welcher sogar entdeckt zu haben glaubt, daß Savigny die Unterscheidung gar nicht mache. Vgl. § 75 Note 1. Brinz und Hölder bestreiten nicht die Unterscheidung an sich, ziehen aber die Grenze in anderer Weise. Nicht beachtet, kaum gelesen zu werden verdient, was Aug. Herrmann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III. 6, vgl. auch VII. 4. 7 (1847. 1850) gegen Savigny vorgebracht hat. Festgehalten ist die Savigny'sche Unterscheidung bei Zitelmann. (Der Grundgedanke des Leonhard'schen Buches ist, daß nur derjenige, andererseits aber auch jeder Irrthum die Vertragserklärung nichtig mache, dessen Abwesenheit dem anderen Vertragschließenden als Geschäftsbedingung erkennbar entgegengetreten sei. Leonhard macht jedoch von diesem Satze weitgehende Ausnahmen, welche u. A. bei Mandry Arch. f. civ. Pr. LXVI S. 484 aufgezählt sind. Für einen einzelnen Fall, den Fall des s. g. error in substantia, operirt mit der Bedingung auch Bechmann Kauf II S. 446 fg.)

selbst gewollt ist[2], oder es ist auch die Erklärungshandlung nicht gewollt[3].

2. Entweder liegt nichts vor, als daß das als gewollt Erklärte nicht gewollt ist, oder es ist zugleich statt des als gewollt Erklärten etwas Anderes gewollt. In diesem letzteren Fall ist der wirkliche Wille ebenso ohne rechtliche Wirkung, wie die abgegebene Erklärung[4]. Bezieht sich die Willenserklärung auf eine Quantität, so hat die Willenserklärung für die mindere Quantität[5] rechtlichen Bestand.

---

[2] Jemand unterschreibt eine Urkunde, von deren Inhalt er sich eine falsche Vorstellung macht, er bejaht eine Frage, die er falsch verstanden hat, er verwechselt eine sich vor ihm befindende Person oder eine Sache mit einer anderen (§ 76a Note 4). S. auch II § 308 Note 6. Zitelmann S. 392 fg. Was den Fall der Urkundenunterzeichnung angeht, s. l. 5 C. plus valere 4. 22, l. 10 C. de don. 8. 53 [54] und Seuff. Arch. XIX. 14, XXXI. 109, XXXVII. 288; andererseits das. VIII. 26, XIV. 16, XXIV. 230, XXIX. 215. 229, XXXII. 87, XXXIV. 189, XXXVIII. 207. Die zuletzt genannten Urtheile erklären den Unterzeichner für gebunden, theilweise auf Grund der in § 75 Note 1a bezeichneten Auffassung. Vgl. das das. citirte Programm S. 17 fg. 24 fg., Mommsen Erörterungen II S. 306 fg., Pernice Zeitschr. f. Handelsr. S. 129 fg., Leonhard S. 151 fg. — Zitelmann (a. a. O. S. 115 fg., Jahrb. f. Dogm. XVI S. 362 fg.) bezeichnet den auf die Rechtsfolge gerichteten Willen als mittelbaren Willen, und gebraucht dafür den Ausdruck Absicht.

[3] Jemand verspricht sich, verschreibt sich, vergreift sich. Er handelt in Zerstreutheit. Zitelmann S. 363 fg. Brinz und Hölder a. a. OO. wollen in diesem Fall von Irrthum nicht geredet wissen, in demselben liege nicht sowohl ein Irrthum vor, als ein „Irren", eine „Irrung", eine „Verirrung". Doch leugnen sie nicht, daß der lateinische Ausdruck error weiter gehe (Brinz: „errror der Bewußtlosigkeit" im Gegensatz zum „error in der Vorstellung"). Dieselben Schriftsteller sind der Ansicht, daß nur in diesem Fall eine Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung stattfinde, und sie ziehen daraus die Consequenz, daß in dem Fall der Note 2 nur relative Nichtigkeit eintrete (Brinz), oder daß nur die Nothwendigkeit für den Erklärenden wegfalle, seine Erklärung „anzuerkennen" (Hölder). Umgekehrt bestreitet Pernice a. a. O. S. 133 fg., daß in diesem Fall die Erklärungshandlung nicht gewollt sei. Vgl. Leonhard S. 140 fg.

[4] Die Erklärung ist ohne Willen, der Wille ohne Erklärung. L. 3 D. de reb. dub. 34. 5: — „qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur". L. 9 pr. § 1 D. de her. inst. 28. 5. Vgl. Zitelmann S. 402 fg.

[5] L. 9 § 3. 4 D. de her. inst. 28. 5, l. 15 § 1 D. de leg. I°, l. 52 D. loc. 19. 2. Ob damit aber das ganze Geschäft bestehen kann, von dem die Willenserklärung einen Theil bildet, ist eine andere Frage. L. 52 cit.

3. Die Willensunwirklichkeit kann vorhanden sein für den ganzen Umfang der abgegebenen Erklärung[6], oder[6a] nur für einen einzelnen Punkt derselben, im Besonderen für den Inhalt der als gewollt bezeichneten Rechtsfolge[7], oder die Person oder die Sache, für welche nach der Erklärung die Rechtsfolge eintreten soll[8]. Ob die Willensunwirklichkeit in Betreff eines einzelnen Punkts die ganze Willenserklärung nichtig macht, hängt davon ab, ob die übrigbleibenden Punkte auch ohne den ausfallenden Punkt gewollt sind oder nicht[9]. —

Seuff. Arch. XXVIII. 209, vgl. XXX. 126. Ausnahmsweise kann es auch vorkommen, daß entweder die größere Quantität oder gar Nichts gewollt ist. L. 9 § 2 D. de her. inst. 28. 5 erklärt sich ini hrem ersten Theil allenfalls aus den Worten „quasi plus nuncupatum est", jedenfalls für den letzten Theil muß der favor testamenti zur Hülfe genommen werden. Vgl. überhaupt Zitelmann S. 593 fg.

[6] Z. B. Jemand unterschreibt eine auf seinen Namen ausgefertigte Geschäftsurkunde, die er für einen gleichgültigen Brief hält.

[6a] Vgl. zum Folgenden Zitelmann S. 465 fg., Ryk S. 22 fg.

[7] Entstehung, Veränderung, Untergang eines Rechts; Veränderung dieses bestimmten Inhalts; Entstehung eines Rechts dieser bestimmten Art oder dieses bestimmten näheren Inhalts. Beispiele: Jemand will eine Forderung stunden, und erklärt, er erlasse sie; er will sie für einen Monat stunden, und erklärt: für ein Jahr; er will ein obligatorisches Recht auf Fruchtbezug gewähren, und erklärt, Nießbrauch; er will eine Wasserleitungsgerechtigkeit bestellen, und erklärt: Wasserschöpfungsgerechtigkeit; er will vermiethen, und erklärt: er verkaufe, oder umgekehrt. Von dem letzten Fall handelt l. 5 C. plus valere 4. 22.

[8] L. 9 pr. § 1 D. de her. inst. 28. 5, l. 4 pr. D. de leg. I° 30; l. 10 C. de don. 8. 53 [54l; l. 9 pr. D. de contr. emt. 18. 1, § 23 I. de inut. stip. 3. 19, l. 83 § 1 l. 137 § 1 D. de V. O. 45. 1; l. 34 pr. D. de A. v. A. P. 41. 2.

[9] Man kann dieß so ausdrücken: nur der Irrthum über einen wesentlichen Punkt macht die ganze Willenserklärung nichtig, und es liegt nahe, den Irrthum, je nachdem er sich auf einen wesentlichen oder unwesentlichen Punkt bezieht, einen wesentlichen oder unwesentlichen Irrthum zu nennen, wobei jedoch zu bemerken ist, daß der herrschende Sprachgebrauch jeden nicht vernichtenden Irrthum, also auch den Irrthum im Beweggrund als unwesentlichen Irrthum bezeichnet. Vgl. auch Leonhard S. 539 fg., Ryk S. 28. — In den früheren Ausgaben waren in Uebereinstimmung mit der herrschenden Lehre als wesentliche Punkte bezeichnet: die Natur des zu begründenden Rechtsverhältnisses, die Person und die Sache, in Beziehung auf welche der Wille erklärt wird. Dieß ist zu enge. Wer ein Pferd zum Spazierenreiten vermiethen will und erklärt, es zum Lastenziehen vermiethen zu wollen, hat sich

Hängt die Nichtigkeit der Willenserklärung davon ab, ob der Irrthum entschuldbar ist oder nicht? An und für sich nicht. Eine Ausnahme gilt aber für Willenserklärungen, die einer andern Person gegenüber abgegeben werden; hier kann der Irrende sich auf seinen Irrthum nur dann berufen, wenn der Irrthum entschuldbar ist[10].

§ 76a.

Für den Fall, wo die Nichtigkeit der Willenserklärung wegen Irrthums über die Person oder über die Sache, für welche nach der Willenserklärung die in derselben bezeichnete Rechtsfolge eintreten soll, behauptet wird, entsteht die Frage, wann man sagen könne, daß die als gewollt bezeichnete Person oder Sache nicht die gewollte sei (s. g. Irrthum über die Identität). Die Beantwortung dieser Frage ist theilweise streitig[1]; man wird wohl thun, die einzelnen Fälle abgesondert in's Auge zu fassen. Da als Individualisirungsmittel entweder ein Individualisirungsmerkmal, d. h. ein Merkmal, welches nur für Eine Person oder Sache wahr sein kann[2], oder die sinnliche Wahrnehmung benutzt werden kann,

---

weder über die Natur des zu gründenden Verhältnisses, noch über die Person, noch über die Sache geirrt, und doch unzweifelhaft eine ungültige Willenserklärung abgegeben. Ebenso kann Ort und Zeit der Leistung, über welche ein Vertrag abgeschlossen wird, außerordentlich wesentlich sein, so daß für einen andern Ort oder eine andere Zeit der Vertrag überhaupt nicht gewollt ist.

[10] S. § 75 Note 1d in Verbindung mit § 79a Note 4.

§ 76a. [1] Vgl. zum Folgenden namentlich Zitelmann S. 435 fg. 549 fg. Außerdem: Bekker krit. VJSchr. V S. 395. 396, Exner Tradition S. 279 Note 88, Brinz 1. Aufl. S. 1400. 1404 fg., Hölder S. 571 fg., v. Liebe Besitz S. 122, Rittner österr. Eherecht S. 181—183, Pernice Zeitschr. f. Handelsr. XXV S. 137 fg., Thomsen die rechtliche Willensbestimmung (Kieler Inaug.-Dissert. 1882), Leonhard a. a. O. S. 398 fg. Was ich selbst in den früheren Auflagen dieses Lehrbuchs geäußert habe, war ungenügend, weil es nur auf die Person, nicht auf die Sache Rücksicht nahm; auch inhaltlich halte ich es nicht mehr vollständig aufrecht (Note 5). — Im Folgenden ist nur von dem Fall die Rede, wo der Wille auf eine individuelle Person oder Sache gerichtet ist. Der Fall, wo die gewollte Person oder Sache generisch bestimmt ist, ist sehr viel einfacher: hier kann es sich nur darum handeln, ob nicht irrigerweise andere Merkmale, als die gewollten, erklärt sind. Was unkörperliche Sachen (Rechte) angeht, vgl. Zitelmann S. 470 fg.

[2] Ein hauptsächliches Individualisirungsmerkmal ist der Name, aber es ist nicht das einzige. Vgl. Note 5.

und diese doppelte Möglichkeit sowohl für den Willen als für die Erklärung vorhanden ist, so sind folgende Combinationen denkbar.

a. Individualisirungsmerkmal auf der Willens- wie auf der Erklärungsseite. Wenn das vor der Erklärung angewendete Individualisirungsmerkmal auf eine Person oder Sache trifft, für welche das von dem Willen angewendete Individualisirungsmerkmal nicht wahr ist, so ist es unzweifelhaft, daß die als gewollt bezeichnete Person oder Sache nicht die gewollte ist[3].

b. Sinnliche Wahrnehmung auf der Willens- wie auf der Erklärungsseite. Wenn der Wille auf eine auf Grund früherer sinnlicher Wahrnehmung vorgestellte Person oder Sache, die Erklärung auf eine andere gegenwärtig wahrgenommene Person oder Sache, welche für jene erste gehalten wird, geht, so ist ebenfalls die als gewollt bezeichnete Person oder Sache nicht die gewollte[4].

---

[3] Z. B. ein Schauspieldirector will einen Schauspieler engagiren, der sich auf einer bestimmten Bühne in bestimmten Rollen einen Namen gemacht hat, glaubt, er heiße Müller, während er Möller heißt, und schreibt an Herrn Müller. Oder er weiß, daß er Möller heißt, schreibt aber in der Zerstreutheit Müller.

[4] Dieß bestreitet Zitelmann a. a. O. Zitelmann sagt, daß, wenn die Erklärung auf ein sinnlich wahrgenommenes Object hinweise, es deßwegen nicht weniger wahr sei, daß dieses Object gewollt sei, weil dasselbe für ein anderes, früher sinnlich wahrgenommenes gehalten werde; es werde damit dem Object nur eine Eigenschaft beigelegt, die es nicht habe (S. 443). Aber 1): ist es denn wahr, daß der rechtsgeschäftliche Wille auf den sinnlich wahrgenommenen, beseelten oder unbeseelten, Körper als solchen geht, und nicht vielmehr auf das bestimmte Bild, welches in der Seele durch einen Körper empfangen worden ist? Doch will ich mich nicht auf „den bedenklichen Pfad der Metaphysik" begeben. Aber die Zitelmann'sche Ansicht führt 2) zu Consequenzen, die mir unerträglich scheinen. Man halte nur den Gedanken fern, daß im gegebenen Fall möglicherweise wegen Betrugs oder auf Grund einer ausdrücklich oder stillschweigend übernommenen Vertragspflicht oder einer Voraussetzung geholfen werden kann: soll, wo diese Hülfe wegfällt, der Irrende schlechthin an seine Willenserklärung gebunden sein? Also z. B. Jemand hat mich lange um eine Sache gebeten, ich habe sie ihm nicht geben wollen, endlich entschließe ich mich dazu, ich glaube ihn auf der Straße zu erkennen, obgleich ich ihn nur von hinten sehe, und stecke dem vor mir Wandelnden die Sache in die Hand: da hast du sie; der Empfänger wendet sich um und sagt: ich danke bestens; es ist eine fremde Person. Entscheidend aber für mich ist 3) l. 34 pr. de A. v. A. P. 41. 2. „Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non adquiram possessionem" — eine Stelle, die in der Lehre vom Irrthum zu wenig beachtet ist. Vgl. über dieselbe Savigny

c. Sinnliche Wahrnehmung auf der Willens-, Individualisirungsmerkmal auf der Erklärungsseite. Eine für den Willen durch frühere sinnliche Wahrnehmung individualisirte Person oder Sache wird durch ein Individualisirungsmerkmal bezeichnet, welches nicht für die sinnlich wahrgenommene Person oder Sache, sondern für eine andere Person oder Sache wahr ist. Dieser Fall ist natürlich nicht anders zu beurtheilen, als der Fall bei b.

d. Wie ist es aber, wenn einer auf Grund sinnlicher Wahrnehmung vorgestellten und als solche richtig bezeichneten Person oder Sache ein Individualisirungsmerkmal zugeschrieben wird, welches nicht für diese Person oder Sache, sondern für eine andere Person oder Sache wahr ist: darf man auch dann sagen, daß die als gewollt bezeichnete Person oder Sache nicht die gewollte sei? Die Frage ist zu verneinen, so daß also die denkbare Combination: Individualisirungsmerkmal auf der Willens-, sinnliche Wahrnehmung auf der Erklärungsseite sich als der Wirklichkeit nicht entsprechend ausweist[5].

III S. 273. 305, Zitelmann S. 563, Brinz Jahrb. d. gem. R. III S. 21 fg., Sohm Zeitschr. f. Handelsr. XVII S. 22 fg., Leonhard S. 430 fg., Lotmar krit. VJSchr. XXVI S. 256 fg. Daß in dieser Stelle von Besitzergreifung die Rede ist, kann nichts verschlagen; auch in der Besitzergreifung liegt eine Willenserklärung. Ebensowenig verschlägt es, daß die Stelle den Gesichtspunkt des Dissenses einmischt; wäre die auf den Erwerb des Besitzes am fundus Cornelianus gerichtete Erklärung der Ausdruck eines wirklichen Willens, so läge eben kein Dissens vor. Der Meinung von Brinz aber, daß der Besitzergreifer den fundus Cornelianus gar nicht für den fundus Sempronianus gehalten habe, steht, wie mir scheint, in entscheidender Weise entgegen, daß nicht einleuchtet, wie Jemand auf den Gedanken kommen könne, auf Grund der Einweisung in den Besitz der Sache A die Sache B in Besitz zu nehmen. Gegen Zitelmann auch Thomsen a. a. O. S. 11 fg., Lotmar krit. VJSchr. XXVI S. 225 fg.

[5] Jemand will die Feder erwerben, mit welcher König Ludwig I von Bayern die Urkunde seiner Thronentsagung unterschrieben hat (Nationalmuseum in München). Oder die Geige, auf welcher Joachim gestern in diesem Concert gespielt hat. Oder er will den Menschen beschenken, der gestern dieses Kind aus dem Wasser gezogen hat. Er nimmt irrig an, daß für die vor seinen Augen sich befindende oder früher wahrgenommene und als solche richtig bezeichnete Person oder Sache die bezeichneten Thatsachen wahr seien. Oder er will eine Uhr von dem ihm besonders empfohlenen C. Döring kaufen, und geräth, weil er die Firma nicht genau liest, in das Magazin von C. Föring. Oder er will dem ältesten Sohn seines Freundes R., Namens Franz, den er

e. Um so weniger darf daher an und für sich gesagt werden, daß die als gewollte bezeichnete Person oder Sache nicht die gewollte Person oder Sache sei, wenn der auf Grund sinnlicher Wahrnehmung vorgestellten und als solche richtig bezeichneten Person oder Sache eine andere Eigenschaft, welche nicht Individualisirungsmerkmal ist, irrthümlicherweise zugeschrieben wird. An und für sich; das römische Recht hat aber diesen Satz, was Sachen angeht, nicht unbedingt durchgeführt: es nimmt an, daß gewisse Eigenschaften so sehr das Wesen der Sache bestimmen[6], daß eine Sache mit einer dieser Eigenschaften oder ohne eine solche in der That eine andere Sache sei, und daß daher der Irrthum über eine dieser Eigenschaften die Willenserklärung nichtig mache[7]. Die

---

aus der Taufe gehoben hat, schenken; er hat den Franz nie gesehen, und schenkt dem vor ihm stehenden Fritz N., den er für den Franz hält. In solchen Fällen ist nicht Nichtigkeit der Willenserklärung anzunehmen, sondern es kann dem Irrenden nur in anderer Weise (vgl. Note 4) geholfen werden. Ich verkenne nicht, daß die Fälle dieser Art nahe an den in der vorigen Note behandelten Fall herangehen. Ich verkenne auch nicht, daß an und für sich nichts entgegensteht, die l. 34 pr. de A. v. A. P. 41. 2 auch auf den Fall zu erstrecken, wo der fundus Cornelianus früher nicht sinnlich wahrgenommen, sondern in anderer Weise für den Willen individualisirt worden war. Aber die beschränkende Erklärung ist doch auch nicht ausgeschlossen, und ich glaube, daß die Theorie der Sicherheit rechtlicher Willenserklärung jede Concession machen sollte, die ihr möglich ist. Aus l. 67 [66] § 4 D. de furt. 47. 2 (vgl. l. 52 § 21 eod.) läßt sich eine Entscheidung nicht entnehmen; sie berührt die Frage, ob Eigenthum übergegangen ist, nicht, die actio in factum hat Sinn in dem einen und dem anderen Fall.

[6] L. 9 § 2 D. de contr. emt. 18. 1: — „quia eadam prope *οὐσία* est".

[7] Allerdings war in der römischen Jurisprudenz auch die Ansicht vertreten, daß der Irrthum über eine Eigenschaft der Sache die Willenserklärung nie nichtig mache, weil doch über den Körper der Sache nicht geirrt sei, l. 9 § 2 D. de contr. emt. 18 1 (vgl. auch l. 45 i. f. eod., dazu II § 395 Note 2); aber diese Ansicht ist nicht recipirt worden. Zwar behauptet Zitelmann S. 560 fg., daß umgekehrt die Ansicht, welche für gewisse Fälle Nichtigkeit annehme, eine vereinzelte Ansicht des Ulpian geblieben sei; aber ich glaube nicht, daß ihm der Beweis gelungen ist. Vgl. auch Scheiff die Divergenz zwischen Wille und Erklärung S. 63 fg., Leonhard S. 436 fg. E. Pfersche, zur Lehre vom s. g. error in substantia, Graz 1880, S. 15 fg. gelangt auf einem andern Wege zu dem gleichen Resultat wie Zitelmann. Er nimmt an, die in den Quellen anerkannte Nichtigkeit habe nur historische, keine dogmatische und praktische Bedeutung; sie gehöre der Zeit an, wo die

Frage, welche Eigenschaften von dieser Art seien, hat das römische Recht im Princip nicht entschieden, es enthält nur Einzelentscheidungen[8]; aus denselben hat die jetzt herrschende Ansicht die Regel entwickelt, daß es auf die Begriffe und Anschauungen ankomme, welche für den Verkehr bestimmend sind[9]. Unter allen Umständen aber hat

---

actio emti noch nicht so ausgebildet gewesen sei, um dem Käufer einer Sache zu ermöglichen, mit ihr das Kaufgeld in dem Fall zurückzuverlangen, wo er eine bestimmte Eigenschaft der Sache vorausgesetzt und der Verkäufer dieß gewußt habe; nachdem die actio emti diese weitere Ausbildung erfahren habe, sei die Nichtigkeit überflüssig geworden. Dieser Ansicht steht mehr als Ein Bedenken entgegen, und namentlich muß die Berechtigung, die Nichtigkeit und die actio emti nach Voraussetzungen und rechtlichem Gehalt zu identificiren, bestritten werden. Vgl. über diese Schrift auch Burckhard krit. VJSchr. XXIII S. 56 fg., Tewes in Grünhut's Zeitschr. VIII S. 335 fg.

[8] L. 9 § 2 l. 10. 11. 14 l. 41 § 1 l. 58 D. de contr. emt. 18. 1; l. 45 D. eod., l. 21 § 2 D. de A. E. V. 19. 1 (vgl. über diese letzte Stelle Windscheid Voraussetzung S. 217, Savigny III S. 286—290, Vangerow III § 604 Anm. Nr. II. 2, Leonhard S. 464 fg., Puntschart die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Privatr. S. 175 fg.) In den citirten Stellen wird entschieden, daß der Kauf nichtig sei bei Irrthum über das Geschlecht des gekauften Sclaven, ferner wenn angenommen worden sei, das gekaufte Gefäß von unedlem Metall sei von edlem Metall oder der gekaufte Essig sei Wein, wogegen Nichtigkeit nicht eintreten soll bei Irrthum über die Jungfrauschaft der gekauften Sclavin, bei Irrthum über die Qualität des Goldes oder die Art des Holzes, aus dem die Kaufsache bestehe, bei Irrthum über die Qualität des gekauften Weines, auch wenn der Wein zu Essig geworden sei (vgl. Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 22), bei Irrthum über die Qualität der gekauften Kleidungsstücke (aufgeputzte statt neuer). Vgl. noch l. 4 pr. D. de leg. I° 30, l. 28 D. de reb. dub. 34. 5, l. 7 § 1 C. de leg. 6. 37, l. 9 § 1 l. 10 D. de contr. emt. 18. 1, l. 32 D. de V. O. 45. 1, l. 34 pr. D. de contr. emt. 18. 1 (Wächter I S. 405. Württemb. Privatr. II § 102 Note 4, Exner Tradition S. 271 Note 55, Windscheid Arch. f. civ. Pr. LXIII S. 107, Hartmann Jahrb. f. Dogm. XX S. 53, Leonhard S. 186). Was den Fall angeht, wo die Sache, auf welche sich die Willenserklärung bezieht, beschädigt ist, so wird in l. 57 D. de contr. emt. entschieden, daß, wenn ein theilweise abgebranntes Haus verkauft worden sei, es darauf ankomme, ob mehr oder weniger als die Hälfte abgebrannt sei, daß aber bei Arglist des Gegners der Irrende das Geschäft aufrecht erhalten könne, wenn auch nur der geringste Theil des Hauses übrig sei. — Irrthum, über den Ort, wo der Gegenstand der Willenserklärung sich befindet: Neatz Lehre vom Erfüllungsort § 24 und dazu Zitelmann S. 193.

[9] Diese Ansicht ist von Savigny III § 137. 138 begründet worden, und obgleich ich die Bedenken nicht verkenne, welche ihr entgegenstehen (es paßt

der Irrthum über Eigenschaften der Sache vernichtende Kraft nur dann, wenn der Wille hinter der Erklärung zurückbleibt, nicht dann, wenn er weiter geht[10]. Was Personen betrifft, so findet sich in den Quellen kein Anhalt, um zwischen wesentlichen und

---

zu ihr nicht die „οὐσία" der l. 9 § 2 D. de contr. emt., und Kummer macht doch unter allen Umständen das „si auri aliquid habuit" und „si inauratum aliquid sit" der l. 14 D. eod.), auch nicht verkenne, daß das aufgestellte Kennzeichen nicht immer eine sichere Handhabe der Entscheidung darbieten wird, so halte ich es doch für vorsichtiger, bei der herrschenden Ansicht stehen zu bleiben; ich wüßte nichts Besseres an ihre Stelle zu setzen. Ohne Anfechtungen ist sie nicht geblieben, und namentlich hat es nicht an Versuchen gefehlt, an die Stelle der Auffassung des Verkehrs die (geäußerte oder nicht geäußerte) Auffassung des Urhebers der Willenserklärung zu setzen. Hierher gehören Kritz Rechtsfälle IV S. 345 fg., Wächter II S. 747. 748, Renaud Arch. f. civ. Pr. XXVIII S. 247 fg., Hesse Jahrb. f. Dogm. XVIII S. 100 fg., Scheiff die Divergenz zwischen Wille und Erklärung S. 56 fg., Tewes in Grünhut's Zeitschr. VIII S. 335 fg. (s. namentl. S. 339), Leonhard S. 436 fg., Ryk S. 31 fg. S. dagegen E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. II § 264 Note 7, Brinz S. 1409, Hölder S. 579, bei dem sich aber starke Ansätze der anderen Auffassung finden. Ebenfalls vermittelnd Bechmann Kauf II S. 446 fg.: es komme zwar darauf an, ob der Käufer im gegebenen Fall bei Kenntniß der Beschaffenheit der Sache gekauft haben würde, aber der Beweis, daß er nicht gekauft haben würde, könne durch den Hinweis „auf die durchschnittliche Erfahrung des Lebens" ersetzt werden. Vgl. § 76 Note 1 a. E. Eine andere Opposition bewegt sich in der Richtung, daß sie in keinem Fall in Folge des Irrthums über Eigenschaften der Sache Nichtigkeit will eintreten lassen, so namentlich Zitelmann S. 435 fg. 549 fg. (s. Note 17), Pfersche in der in Note 7 citirten Schrift, auch Bekker krit. VJSchr. III S. 188. XXII S. 47 fg., bei welchem sich aber der Gedanke der Verbindlichkeit der Willenserklärung auch bei Willensunwirklichkeit (§ 75-Note 1a) einmischt. Brinz bestreitet nicht die Nichtigkeit, sondern die absolute Nichtigkeit; Hölder will statt Nichtigkeit Anfechtbarkeit. Aus der Praxis: Seuff. Arch. XVI. 36, XXXVIII. 101.

[10] Es ist in den Quellen entschieden: wenn Jemand ein Pfandrecht erwerben zu wollen erklärt an einer Sache von Bronze, die er für eine Sache von Gold hält, so daß also seine Willenserklärung auf den Erwerb eines Pfandrechts an einer Sache von Gold gerichtet ist, so ist der Erwerb gültig, l. 1 § 2 D. de pign. act. 13. 7 (vgl. Dernburg Pfandr. I S. 196); ebenso wenn er sich eine solche Sache versprechen läßt, l. 22 D. de V. O. 45. 1. In gleicher Weise muß es gehalten werden, wenn Jemand in Beziehung auf eine solche Sache ein Recht weggibt oder ein Versprechen leistet. Ebenso muß die Willenserklärung aufrecht erhalten werden, durch welche Jemand sich bereit erklärt, eine Aufopferung für eine Sache zu machen, die werthvoller ist,

unwesentlichen Eigenschaften der Person zu unterscheiden und dem Irrthum über die ersteren vernichtende Kraft zuzuschreiben[11].

§ 77.*

Bei Verträgen kann der Irrthum nicht bloß die Erklärung eines nicht wirklichen Willens hervorrufen, sondern auch die Abgabe einer mit der Willenserklärung der Gegenseite nicht übereinstimmenden Willenserklärung, indem nämlich der Erklärende annimmt, daß von der Gegenseite ein anderer Wille erklärt worden sei, als wirklich der Fall ist, und er so einen Consens zu erklären glaubt, welcher kein Consens ist (Irrthum als Mißverständniß). Auch in diesem Falle sagt man, daß der Irrthum es sei, welcher den Vertrag nichtig mache; aber auch hier wieder ist nicht sowohl der Irrthum das Vernichtende, als vielmehr der durch ihn verdeckte Mangel des Consenses zwischen den Parteien[1]. Die Punkte, auf welche sich der durch den Irrthum verdeckte Mangel des Consenses beziehen kann, sind die gleichen, wie bei Differenz zwischen Wille und Erklärung[2], und die Frage, ob der Dissens über einen einzelnen Punkt den ganzen Vertrag nichtig macht, ist in gleicher Weise zu beantworten wie dort. Bildet den Gegenstand des Vertrages eine Quantität, so ist für die geringere der von den Parteien genannten Quantitäten immerhin Consens vorhanden;

---

als er glaubt, z. B. von Gold, während er sie für Bronze hält, nicht aber im umgekehrten Fall, l. 50 D. de solut. 46. 3. Savigny III S. 298—302.

[11] Der Irrthum über Eigenschaften der Person hat also immer nur die Bedeutung eines Irrthums im Beweggrunde. Vgl. § 78.

* Vgl. Zitelmann S. 419 fg., Leonhard S. 166 fg. 338 fg.

§ 77. [1] Vgl. Seuff. Arch. XVI. 34. — Die Quellen sprechen auch in dem Fall von Nichtigkeit des Vertrages wegen Mangels des Consenses, wo die beiden Erklärungen übereinstimmen, aber die eine derselben auf etwas Anderes geht, als gewollt ist, l. 9 pr. § 2 l. 11 pr. D. de contr. emt. 18. 1, § 23 I. de inut. stip. 3. 19, l. 83 § 1 l. 137 § 1 D. de V. O. 45. 1, l. 34 pr. D. de A. v. A. P. 41. 2. In der That fehlt es in diesem Fall an der Uebereinstimmung der beiden Willen. Daß aber diese Nichtübereinstimmung nicht der Grund der Nichtigkeit ist, geht schon daraus hervor, daß die Nichtigkeit nicht weniger stattfindet, wenn beide Parteien in gleicher Weise irren, l. 14 D. de contr. emt. 18. 1.

[2] Inhalt der zu bewirkenden Rechtsfolge: l. 18 D. de R. C. 12. 1; Person des Contrahenten: l. 32 D. de R. C. 12. 1 (vgl. Seuff. Arch. V. 271; III. 165. 169, XI. 220). Vgl. Zitelmann S. 528 fg. 559.

ob dieß aber zur Gültigkeit des ganzen Geschäfts genügt, ist eine andere Frage[3]. Daß es bei Dissens auf Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des Irrthums nicht ankomme, ist selbstverständlich.

Motive des Willens.

Irrthum. Betrug*.

§ 78.

Unter den Motiven des in einem Rechtsgeschäfte erklärten Willens ist hier zunächst in Betracht zu ziehen der Irrthum, d. h. der Mangel der wahren Vorstellung von dem Zustand der Dinge[1]; s. g. Irrthum im Beweggrunde. Der durch eine solche irrige Vorstellung hervorgerufene Wille ist deßwegen, weil er durch sie hervorgerufen ist, nicht weniger ein wirklich vorhandener Wille[1a];

[3] L. 1 § 4 D. de V. O. 45. 1, s. außerdem die in § 76 Note 5 citirte l. 52 D. de loc. 19. 2, welche auch hierher gezogen werden kann. Seuff. Arch. II. 279.

* Vgl. zu diesem und dem folgenden § vor Allem die auch hier grundlegende Bearbeitung von Savigny III § 115 und Beil. VIII. Aus dem § 76 Note * genannten Werke Zitelmann's gehört hierher der erste Abschnitt des vierten Kapitels, S. 319 fg. Vgl. außerdem: Glück XXII S. 361—451, Mühlenbruch Arch. f. civ. Pr. II S. 361 fg. (1821), Richelmann (§ 76*) § 11. 12, Wächter I S. 349—360. Württemb. Privatr. II § 21. 104. 105, Vangerow I § 83 Anm. 1—4, Sintenis I S. 195 fg. 188 fg. Unger II § 77. 81. Endlich gehören hierher auch die § 76 Anm. * citirten Aufsätze von Voigt und Hesse.

[1] Mag diese Vorstellung durch eine unwahre verdrängt sein (Irrthum im engeren Sinn), oder mag alle Vorstellung von dem Zustande der Dinge fehlen (Irrthum als Unwissenheit). Vgl. Zitelmann S. 319 fg. § 78.

[1a] Wenn es in den Quellen mehrfach heißt, daß der Irrthum den Willen ausschließe (l. 15 D. de iurisd. 2. 1, l. 2 pr. D. de iud. 5. 1, l. 20 D. de aqua et aquae 39. 3, l. 116 § 2 D. de R. I. 50. 17, l. 8. 9 C. de iur. et fact. ign. 1. 18), so ist das einer von den in ihrer Allgemeinheit falschen Aussprüchen, welche in der römischen Jurisprudenz nicht selten sind, ohne daß dieselbe sich dadurch zu falschen Entscheidungen im Einzelnen verleiten ließe. Wahr ist der aufgestellte Satz, wenn kraft des Irrthums etwas Anderes erklärt wird als der Erklärende will (§ 76); wahr ist er auch insofern, als bei stillschweigenden Willenserklärungen der Schluß aus einem gewissen Benehmen auf einen gewissen Willen voraussetzt, daß die betreffende Person sich über einen gewissen Punkt nicht im Irrthum befunden habe. Gerade hiervon handeln die meisten der genannten Stellen, während in den beiden letzten jener allgemeine Ausspruch auf eine Erklärung angewendet wird, welche auch

aber er ist allerdings nicht der eigentliche, der wahre Wille des Erklärenden, d. h. er würde ohne jenen Irrthum nicht gefaßt worden sein. Daraus ergibt sich: die Willenserklärung ist keinesfalls nichtig, sie ist höchstens indirect unwirksam, so daß sie nicht geltend gemacht werden darf, und das durch sie bereits Verlorene zurückgefordert werden kann. Diese indirecte Unwirksamkeit tritt wirklich ein bei Willenserklärungen von Todeswegen, sobald nur feststeht, daß ohne den Irrthum nicht gewollt worden sein würde; bei Willenserklärungen unter Lebenden hingegen nur dann, wenn dieß zugleich in einer demjenigen, dem gegenüber die Willenserklärung abgegeben worden ist, erkennbaren Weise hervorgetreten ist[2]. Ist dieß nicht der Fall, so reicht der Irrthum als solcher nicht hin, um den Irrenden von den nachtheiligen Folgen seiner Willenserklärung zu entbinden[3]. Anders ist es aber dann, wenn der Irrthum von dem Gegner in betrügerischer Absicht hervorgerufen worden ist[4]. Zwar ist auch in diesem Fall der ausge-

---

abgesehen vom Irrthum unverbindlich ist. — Aug. Herrmann (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III 3. 6 (vgl. VII. 4) hat auszuführen gesucht, daß das römische Recht die in Folge eines irrigen Beweggrundes abgegebene Willenserklärung allerdings für nichtig erkläre, und zwar deßwegen, weil der durch Irrthum bestimmte Wille unfrei sei; aber er hat damit auf Niemanden Eindruck gemacht. Eine Widerlegung bei Kübel Monatsschr. f. d. Justiz-Pflege in Württemberg XX S. 187 fg.

[2] Näher wird von dem Einen und Andern besser in einem anderen Zusammenhange gehandelt; s. § 98 Note 6.

[3] L. 52 l. 65 § 2 D. de cond. ind. 12. 6. Seuff. Arch. IV. 233, VII. 52. Nur eine einzelne Spur von einer wegen Irrthums im Beweggrund ertheilten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand findet sich in unseren Quellen (l. 1 § 17 D. de separ. 42. 6, vgl. auch § 6 I. de her. qual. 2. 19). Die Behauptung Savigny's (III S. 115), daß auch die ädilicischen Klagen und die auf irrige causa gegründeten Condictionen Ausnahmen bilden, ist irrig; bei jenen ist der Grund des Anspruchs des Käufers der (gesetzlich ausgelegte) Kaufvertrag, bei diesen die ermangelnde Voraussetzung (§ 97).

[4] Betrug — dolus. Ueber den Begriff desselben, und namentlich darüber, daß er auch durch Verschweigen begangen werden kann, s. l. 1 § 2 D. de dolo 4. 3, l. 7 § 9 D. de pactis 2. 14, l. 43 § 2 D. de contr. emt. 18. 1. Beweis des Causalzusammenhanges zwischen dem Betruge und der Willenserklärung: Jhering Arch. f. prakt. RW. N. F. IV. S. 300 fg.; dawider v. Ziegler über den Betrug beim Vertragsabschlusse (München 1870) S. 10 fg.

sprochene Wille immer noch der wirklich vorhandene Wille, und insofern erklärt das Recht die abgegebene Erklärung auch jetzt noch nicht für nichtig[5]. Aber auf der anderen Seite darf es doch auch nicht gestatten, daß die Willenserklärung dem Betrüger Vortheil bringe, während sie dem Betrogenen zum Schaden gereicht. Demgemäß gewährt das Recht diesem Letzteren: 1) eine Einrede gegen den durch das Rechtsgeschäft für den Betrüger an und für sich entstandenen Anspruch[6]; 2) einen Anspruch gegen den Betrüger darauf, daß derselbe den früheren Zustand wieder herstelle[7]. Entschuldbarkeit des Irrthums ist nicht erforderlich[8].

[5] Das Gegentheil behauptete früher die herrschende Meinung bei bonae fidei negotia, entweder für den Betrug überhaupt, oder doch für denjenigen Betrug, durch welchen der Abschluß des Rechtsgeschäfts selbst, nicht bloß eine einzelne Bestimmung desselben veranlaßt worden sei (s. g. dolus causam dans im Gegensatz des dolus incidens). S. über diese Frage und namentlich über die für die bezeichnete Meinung hauptsächlich angeführte l. 7 pr. D. de dolo 4. 3 Vangerow III § 605 Anm. 1, auch die folgende Note. Vgl. auch Sintenis I § 22 Note 13.

[6] Exceptio doli. Im bonae fidei iudicium war die exceptio doli (wie überhaupt eine exceptio) nicht nöthig, sowie der dolus in demselben auch klageweise geltend gemacht werden konnte, vgl. z. B. l. 11 § 5 D. de A. E. V. 19. 1, l. 5 C. de resc. vend. 4. 44; denn contrarius est dolus bonae fidei (l. 5 C. cit.). Mit Rücksicht auf jene Entbehrlichkeit der exceptio doli heißt es in den Quellen von einem Geschäftsvertrag, er sei „ipso iure nullius momenti" (l. 3 § 3 D. pro socio 17. 2, vgl. l. 16 § 1 D. de min. 4. 4), welcher Ausspruch für die frühere Theorie einer der Gründe war, weßwegen sie Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts in Folge des Betrugs behauptete. — Die Einrede geht natürlich auf die Erben des Betrügers über, aber auch auf denjenigen, welcher in den durch Betrug erworbenen Anspruch als Sondernachfolger eintritt (s. II § 332 Note 5). Hat aber die durch den Betrug hervorgerufene Willenserklärung ein dingliches Recht begründet, so haftet der fernere Erwerber dieses Rechts der Einrede nur dann, wenn er das Recht unentgeltlich erworben hat, welchem Fall der andere gleichgestellt wird, wo ihm die Sache verpfändet worden ist, l. 4 § 27—31 de doli exc. 44. 4. Auf Grund dieser Stelle, sowie der Bestimmung in l. 6 § 11. 13 D. quae in fraud. cred. 42. 8, will Mommsen Erörterungen II S. 101 die Einrede gegen den Erwerber auch dann geben, wenn er (in Folge des Betrugs eines Dritten) unentgeltlich direct vom Betrogenen erworben hat. Es möchte dagegen kaum etwas einzuwenden sein.

[7] Actio doli (de dolo) oder die betreffende actio bonae fidei. Der Wiederherstellungsanspruch kann auf Wiederaufhebung der ganzen Wirkung des Rechtsgeschäfts gehen, oder nur auf Aufhebung einer einzelnen Seite der Wirkung desselben; hier hat die Unterscheidung zwischen dolus causam dans

§ 79*.

Der Irrthum kommt im Recht nicht bloß als Grund des Ausschlusses des rechtsgeschäftlichen Willens und als Motiv desselben, sondern noch in zahlreichen anderen Fällen in Betracht[1]. Es wiederholt sich in diesen Fällen zunächst der Gegensatz[2] zwischen dem Irrthum, welcher das Dasein einer rechtlich relevanten Thatsache ausschließt, also negativ wirkt[3], und dem Irrthum, welcher selbst Bestandtheil eines rechtlich relevanten Thatbestandes ist, also positiv wirkt[4]. Nur ergeben sich hier die ferneren Möglichkeiten:

1) daß der Irrthum negativ nicht bloß in der Weise wirken kann, daß er das Dasein einer rechtlich relevanten Thatsache ausschließt, sondern auch in der Weise, daß er einer Thatsache die ihr an und für sich zukommende Wirkung entzieht[5];

---

und incidens ihre gute Berechtigung. Beachtenswerthe Bemerkungen hierüber, sowie über den weiteren Inhalt des Anspruchs aus dem Betruge (im Allgemeinen Leistung des Interesse), bei v. Ziegler a. a. O. S. 39 fg. 57 fg. Vgl. Seuff. Arch. II. 167, XI. 221 Nr. II, XXVII. 111. Blätter f. RAnwendung XXXIII S. 309 fg. XXXIV S. 92 fg. Ergänz. Bd. zu Jahrg. XXX. XXXI S. 404 fg. — Kann auch in integrum restitutio begehrt werden? Darüber § 118 Note 6.

[5] Denn der Grund der dem Betrogenen gewährten Rechte ist eben nicht der Irrthum als solcher, sondern der Betrug. Jhering Arch. f. prakt. RW. N. F. 10 S. 278 fg. Seuff. Arch. VI. 51 a. E. 52. 293, XIII. 86, XIX. 26. Bl. f. RAnw. in Bayern, Ergänzungs-Bd. zu Jahrg. XXX. XXXI S. 404 fg. Jahrg. XXXV S. 281 fg. XXXVI S. 42 fg.

* Zitelmann S. 343 fg.

§ 79. [1] Es empfiehlt sich, das über die rechtliche Bedeutung des Irrthums zu Sagende nicht zu weit auseinanderzureißen. Deßwegen wird dieser §, dessen Inhalt weit über den Kreis der Rechtsgeschäfte hinausgeht, hier eingeschaltet. Vgl. Zitelmann S. 4 fg.

[2] Dieß hervorgehoben zu haben, ist das Verdienst Zitelmann's.

[3] Die Abwesenheit des Irrthums wird durch den Begriff der Thatsache erfordert. Wenn z. B. eine Frist a die scientiae gerechnet wird, so liegt bei Nichtwissen eine Versäumnißthatsache, wie sie das Recht verlangt, nicht vor.

[4] So z. B. bei der Ersitzung, bei dem Fruchterwerb des redlichen Besitzers.

[5] Die Abwesenheit des Irrthums wird durch besondere Rechtsbestimmung erfordert, damit eine Thatsache die ihr an und für sich zukommende rechtliche Wirkung entfalten könne. So sind z. B. die Antretung und die Ausschlagung einer Erbschaft ungültig, wenn der Antretende oder Ausschlagende über Dasein oder Art der Berufung im Irrthum ist, l. 22. 32—34 D. de A. v. O. H. 29. 2. Weibliches Geschlecht gewährt gegen die Intercessionsobligation, Hauskindschaft gegen die Darlehnsobligation eine Einrede, aber dann nicht, wenn

2) daß nicht bloß das Dasein, sondern auch das Nichtvorhandensein eines Irrthums (also das Wissen) negativ wie positiv wirken kann, also das Dasein einer rechtlich relevanten Thatsache ausschließen[6] oder einer Thatsache die ihr an und für sich zukommende rechtliche Wirkung entziehen, oder den Bestandtheil eines rechtlich relevanten Thatbestandes bilden kann[8].

§ 79a.

In allen Fällen, in welchen Jemand in der Lage ist, sich, zum Zweck des Angriffs oder der Vertheidigung, auf einen Irrthum zu berufen, erhebt sich die Frage, ob jeder Irrthum ausreicht, oder ob ein Unterschied zwischen dem entschuldbaren (verzeihlichen) und dem unentschuldbaren (unverzeihlichen) Irrthum gemacht werden muß, so daß, wenn es ein eigener Irrthum ist, nur der entschuldbare hilft, wenn es ein Irrthum des Gegners

---

der Gläubiger im Irrthum ist, l. 11. 12 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 3 pr. D. de SC. Mac. 14. 6. Man kann in diesem Fall sagen, daß der Irrthum zwar nicht das Dasein einer rechtlich relevanten Thatsache, aber doch das Dasein eines rechtlich relevanten Thatbestandes ausschließe.

[6] Durch den Begriff der Thatsache wird das Dasein des Irrthums erfordert. So ist z. B. die condictio indebiti begründet, wenn ein Unverschuldetes in der Voraussetzung des Schuldigseins geleistet worden ist; diese Voraussetzung ist ausgeschlossen, wenn Jemand geleistet hat wissend, daß er nicht schuldig sei.

[7] Das Dasein des Irrthums wird durch besondere Rechtsbestimmung erfordert, damit eine Thatsache die ihr an und für sich zukommende rechtliche Wirkung entfalten könne. So gibt die Fehlerhaftigkeit der gekauften Sache dem Käufer einen Anspruch, aber nur dann, wenn er die Fehlerhaftigkeit nicht gekannt. — Kann man in diesem Fall nicht auch sagen, daß der Irrthum Bestandtheil des Thatbestandes sei? An und für sich gewiß. Nur tritt, indem man nicht den Irrthum als positiv, sondern das Wissen als negativ wirkend bezeichnet, deutlicher hervor, daß einer Thatsache die ihr an und für sich zustehende rechtliche Wirksamkeit durch das Wissen entzogen wird. Doch ist anzuerkennen, daß die Grenze hier eine flüssige ist.

[8] So erzeugt z. B. die Vorenthaltung einer Sache gewisse rechtliche Folgen, wenn hinzukommt das Wissen des Besitzers, daß die Sache eine fremde ist. — Man wird Veranlassung haben, von einer positiven Wirkung des Wissens und nicht von einer negativen Wirkung des Irrthums da zu reden, wo das Wissen mit den anderen Bestandtheilen des Thatbestandes auf gleicher Linie steht, so daß jenen ohne das Wissen auch an und für sich die betreffende rechtliche Wirkung nicht zukommt. Doch ist auch hier die Grenze eine flüssige.

ist, nur der unentschuldbare schadet. Diese Frage ist für einzelne Fälle bereits beantwortet worden[1]; auf die Aufstellung einer allgemeinen Regel muß verzichtet werden[1a]. Für den Fall, daß Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des Irrthums erforderlich ist, entsteht die fernere Frage nach dem Begriff der Entschuldbarkeit. In den Quellen wird als entschuldbar der Irrthum über Thatsachen (s. g. factischer Irrthum), als nicht entschuldbar der Irrthum über Rechtssätze (Rechtsirrthum[2]) bezeichnet[3]. Jedoch ist diese Unter-

§ 79a.

[1] S. § 76 Note 10, § 77 a. E., § 78 Note 8.

[1a] Es liegt nahe, die Regel aufzustellen, daß es da, oder auch: nur da auf Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des Irrthums nicht ankomme, wo von dem Nichtdasein oder Dasein des Irrthums die Existenz einer rechtlich relevanten Thatsache abhängt, das Wissen oder der Irrthum zum Begriff der Thatsache gehört. Aber diese Regel erweist sich nicht als zuverlässig. So ist die Berufung auf den die Existenz des Willens ausschließenden Irrthum bei Willenserklärungen, die einem Andern gegenüber abgegeben worden sind, nur zulässig, wenn der Irrthum entschuldbar ist (§ 76 Note 10), und ebenso fällt bei Unentschuldbarkeit des Irrthums die condictio indebiti weg (II § 426 Note 14). Andererseits hilft allerdings dem Gläubiger der intercedirenden Frau und des darlehnnehmenden Hauskindes nur entschuldbarer Irrthum (l. 3. pr. D. de SC. Mac. 14. 6, l. 17 pr. D. ad SC. Vell. 16. 1), aber die Quellen wissen nichts davon, daß die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Antritts oder der Ausschlagung der Erbschaft durch die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des zu Grunde liegenden Irrthums bedingt wäre. — Vgl. auch III § 633 Note 22 a. E. — Auch wo Jemand in der Lage ist, sich auf ein Wissen zu berufen, kommt der Gegensatz zwischen Entschuldbarkeit und Unentschuldbarkeit des Irrthums insofern in Betracht, als sich fragen läßt, ob nicht dem Wissen des Gegners die Unentschuldbarkeit seines Irrthums und dem eigenen Wissen die Entschuldbarkeit des Irrthums gleichzustellen sei. Diese Frage ist natürlich an sich zu verneinen; Ausnahmen von der Verneinung müssen besonders begründet werden. So hat der Käufer keinen Anspruch wegen der Fehlerhaftigkeit der gekauften Sache, wenn er dieselbe kannte oder kennen mußte, und das interd. quod vi aut clam ist begründet, wenn der Handelnde wußte oder wissen mußte, daß er gegen den Willen des Gegners handele (l. 14 § 10 D. de aed. ed. 21. 1, l. 3 § 7. 8 l. 4 D. quod vi aut clam 43. 24). Ueber die besondere Frage, ob bei Delicten die Berufung auf die Unkenntniß des Strafgesetzes gestattet ist, s. einerseits Savigny III Beil. VIII Nr. XX—XXII, andererseits Binding Normen II S. 310 fg., neuestens Pernice Labeo II S. 51 fg.

[2] Eine seltsame Ansicht über die Begriffe Rechtsirrthum und factischer Irrthum hat Weil (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII S. 377 fg. [1855]) aufgestellt. Auch nach ihm bezieht sich zwar der Rechtsirrthum auf Rechtsregeln, der factische Irrthum auf Thatsachen, aber der eine und der andere zunächst auf

scheidung eine sehr äußerliche; in der Wirklichkeit kann sowohl ein Rechtsirrthum entschuldbar sein, als ein factischer Irrthum unentschuldbar, welches Beides freilich von demjenigen, der es behauptet, bewiesen werden muß. Der factische Irrthum ist unentschuldbar, wenn er auf grober Nachlässigkeit beruht[4]; der Rechtsirrthum ist entschuldbar, wenn es an der Möglichkeit fehlte, die nöthige Rechtsbelehrung einzuziehen[5], oder die eingezogene unrichtig ist[6]. Außerdem wird gewissen Personen der Rechtsirrthum überhaupt nachgesehen[7], entweder ohne Ausnahme, wie den Minderjährigen[8], oder doch in gewissen Fällen, so namentlich Frauen (diesen, wenn sie keinen Gewinn machen, sondern sich gegen Schaden schützen wollen, jedoch auch dann nicht unbedingt[9]), ferner Soldaten[10] und Ungebildeten[11].[12]

Befugnisse: der Rechtsirrthum soll sein der Irrthum über eine Befugniß hervorgegangen aus einem Irrthum über das objective Recht, der factische Irrthum der Irrthum über eine Befugniß hervorgegangen aus einem Irrthum über eine Thatsache.

[3] Dig. 22. 6 Cod. 1. 18 de iuris et facti ignorantia. Vgl. namentlich l. 2. 9 pr. § 5 D. h. t. Auch c. 13 de R. I. in VI°.

[4] L. 3 § 1 l. 6. 9 § 2 D. h. t., l. 3 pr. D. de SC. Mac. 14. 6; l. 3 pr. D. h. t., l. 5 D. pro suo 41. 10. Seuff. Arch. IX. 261. Vgl. übrigens Mommsen Beiträge I S. 417—419.

[5] L. 9 § 3 D. h. t., l. 10 D. de B. P. 37. 1, l. 2 § 5 D. quis ordo 38. 15. Wächter I S. 355. Württemb. Privatr. II § 21 Note 21 hält die Einziehung von Rechtsbelehrung für unnöthig, „wenn der betreffende Rechtssatz so zweifelhaft und bestritten ist, daß eine ganz sichere Rechtsbelehrung nicht hätte gegeben werden können", s. auch Savigny III S. 336 fg. Aber ist nicht gerade in diesem Fall für den Laien das Sichverlassen auf sein eigenes Urtheil ein Verstoß gegen die Anforderungen gewöhnlichster Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit?

[6] Die entgegengesetzte Ansicht von Bruns in der in § 176 Note * citirten Schrift S. 53 fg. 120 fg. kommt schließlich darauf hinaus, daß der Rechtsirrthum des unrichtig Belehrten nicht sowohl unentschuldbar sei, als vielmehr, wie jeder Rechtsirrthum, ungeeignet, eine für die Ersitzung ausreichende bona fides zu begründen. Vgl. § 178 Note 2. Gegen Bruns Wächter in der am gleichen Orte genannten Schrift S. 118 fg. — Vgl. über die Frage nach der Entschuldbarkeit des Rechtsirrthums noch Kühne Jahrb. f Dogm. XVII S. 10 fg.

[7] Savigny III S. 429 fg., Wächter I S. 355 fg.

[8] L. 9 pr. D. l. 11 C. h. t. (l. 3 C. Th. de spons. 3. 5).

[9] L. 9 pr. D. h. t., l. 8 eod., l. 3. 11. 13. C. h. t. Savigny a. a. O. S. 432—436.

[10] L. 9 § 1 D. h. t., l. 1 C. de rest. mil. 2. 50 [51], l. 22 pr. § 15 C. de

b. Furcht. Zwang*.

§ 80.

Daß der in einem Rechtsgeschäfte erklärte Wille durch Furcht hervorgerufen worden ist, hat auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts an und für sich keinen Einfluß, und zwar wird hier auch kein Unterschied zwischen Willenserklärungen unter Lebenden und Willenserklärungen von Todeswegen gemacht. Anders ist es aber auch hier, wenn die Furcht von einem Anderen durch Drohungen zu dem Ende erregt worden ist, um die Willenserklärung hervorzurufen, in welchem Fall man gewöhnlich vom Zwang spricht[1].

---

iure del. 6. 30; l. 5 C. de his qui sibi adscribunt 9. 23. Savigny S. 437. Fitting das castrense peculium S. 7—9. Vgl. HGB. Art. 6. Reichsgesetz betr. die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften 4/7 68 § 12 Abs. 4. Reichsgewerbeordn. 21/6 69 § 11.

[11] L. 8 C. qui admitti 6. 9, l. 1 § 5 D. de edendo 2. 13; l. 2 § 1 D. si quis in ius voc. 2. 5 und Savigny a. a. O. S. 436, Wächter S. 356. Die heutige Anwendbarkeit des Begriffs der „rusticitas" überhaupt und speciell in der hier fraglichen Beziehung leugnet das Erk. bei Seuff. Arch. XIX. 91. Vgl. dagegen das. VIII. 140. 141, IX. 232, X. 268, XV. 173, XXII. 149.

[12] Falsche Verallgemeinerungen enthalten l. 7. 8 D. h. t. L. 7 cit. „Iuris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet". L. 8 cit. „Error facti ne maribus quidem in damno vel compendiis obest, iuris autem error nec feminis in compendiis prodest; ceterum omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet". Ueber die verschiedenen Ansichten s. Wächter Württemb. Privatr. II § 21 Note 17, Savigny III S. 344—353, Vangerow I § 83 Anm. 1 Nr. V und die bei Letzterem Citirten. Neuestens: Wächter (Note 6) S. 22 fg. 104 fg., Bruns (Note 6) S. 22 fg. 104 fg. 120 fg., Wächter Pand. I S. 355 fg.

* Dig. 4. 2 quod metus causa gestum erit. Cod. 2. 19[20] de his quae vi metusve causa gesta sunt. — Schliemann die Lehre vom Zwange (1861). J. A. Kramer de leer van den psychischen dwang (1864; vgl. krit. VJSchr. VI S. 416—418). Schloßmann die Lehre vom Zwange (1874). Savigny III § 114, Wächter II § 106, Sintenis I S. 186—188, Unger II § 80, Brinz 1. Aufl. S. 1420 fg.

§ 80. [1] Der Ausdruck Zwang ist eigentlich zu weit, da er auch die körperliche Ueberwältigung umfaßt, bei welcher von Einwirkung auf den Willen keine Rede sein kann, z. B. wenn Jemand dem Anderen mit Gewalt die Hand zur Unterschrift einer Urkunde führt. Die den Römern geläufige Bezeichnung ist noch weiter; sie sprechen von metus, während das Edict früher vis metusve nannte. L. 1 D. h. t

Zwar ist auch das erzwungene Rechtsgeschäft, wie das durch Betrug veranlaßte nicht nichtig, weil immerhin der wirkliche Wille erklärt worden ist[2]; aber das Recht gewährt gegen die nach-

[2] L. 21 § 5 D. h. t. „Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, *quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui*". L. 21 § 4 eod., l. 22 D. de R. N. 23. 2. Auch hier, wie beim Betruge wurde früher vielfach für bonae fidei negotia Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts behauptet (ausführliche Dogmengeschichte bei Schliemann S. 179 fg.). Man berief sich namentlich auf l. 116 pr. D. de R. I. 50. 17, l. 21 § 3 D. h. t. und l. 6 § 7 D. de A. v. O. H. 29. 2. Vgl. darüber Vangerow III § 605 Anm. 2 und zu l. 6 § 7 cit. im Besonderen Schloßmann S. 46 fg., Kohler Jahrb. f. Dogm. XVI S. 121 fg. 341 fg., Pernice Zeitschr. f. Handelsr. XXV S. 95, Dernburg I § 103 Note 22. Jetzt ist die im Texte aufgestellte Ansicht die herrschende, namentlich in Folge der Ausführungen Savigny's a. a. O. Die dagegen von Kritz (Rechtsfälle V S. 38 fg.) gerichtete Kritik hat schon Wächter nur noch zu milde „zum Theil unbegreiflich" genannt. Viel mehr Beachtung verdient die Vertheidigung der Nichtigkeit, welche Schliemann in der oben angeführten gründlichen und gediegenen Schrift unternommen hat. Derselbe argumentirt so: 1) in den Quellen sind beide Auffassungen vertreten, Nichtigkeit und indirecte Ungültigkeit; 2) bei diesem Widerspruch müssen wir uns aus inneren Gründen entscheiden, und diese führen zur Annahme der Nichtigkeit. Aber weder das Eine noch das Andere kann zugegeben werden. Die Stellen, in welchen Schliemann eine Nichtigkeit anerkannt findet, gestatten sämmtlich eine andere Auslegung, und wenn nicht zu leugnen ist, daß theilweise diese andere Auslegung nicht die nächstliegende ist, so muß bedacht werden, daß nach allgemeinen Auslegungsregeln ein Widerspruch, gar ein Widerspruch zwischen demselben Schriftsteller, nicht ohne zwingende Nothwendigkeit angenommen werden darf. Zugegeben werden muß nur, daß das römische Recht die erzwungene Freilassung als nichtig behandelte (l. 9 pr. l. 17 pr. D. qui et a quib. 40. 9, Dosith. § 7); aber das erklärt sich vollkommen daraus, daß Wiederaufhebung einer einmal eingetretenen Freiheit den Römern als etwas ganz Außerordentliches erschien, was nur unter den besondersten Umständen durch kaiserliche Machtvollkommenheit verfügt werden konnte, l. 9 § 6 l. 10 D. de min. 4. 4, l. 24 D. de dolo 4. 3. (Trotz dem findet sich selbst hier die entgegengesetzte Ansicht vertreten, l. 9 § 2 D. h. t. — welche Stelle aber Kramer p. 112 sq. nicht übel von dem durch die Freilassung entstandenen factischen Schaden versteht, so auch Brinz 1. Aufl. S. 1425. Vgl. Schloßmann S. 73.) Die gleiche Betrachtung macht sich heutzutage für die katholische Auffassung der Ehe geltend. Was sodann die inneren Gründe angeht, so führen dieselben zur Annahme der Nichtigkeit nicht. Schliemann argumentirt: bei dem Zwange ist es jedenfalls zweifelhaft, ob der Erklärung der wirkliche Wille entspricht, ob auch der Inhalt der Erklärung, und nicht vielmehr bloß die Erklärung gewollt sei; folglich ist der Schluß von der Erklärung auf den

theiligen[3] Folgen des Rechtsgeschäfts Schutz wie beim Betruge, nur weiter gehenden. Es gewährt Einrede und Wiederherstellungsanspruch, außerdem auch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[4] — und dieß Alles nicht bloß gegen den Zwingenden, sondern gegen Jeden, welcher das in Folge des Zwanges Verlorene hat[5]. Jedoch ist, damit der Zwang diese weitgehende

---

Willen kein sicherer, also der Wille durch die Erklärung nicht dargethan. Aber die Erklärung ist mehr als Beweismittel für den Willen; sie ist nicht dasjenige, woraus auf den Willen geschlossen wird, sondern die Erscheinung des Willens, sie ist der Wille in seiner Erscheinung. Wer behauptet, daß diese Erscheinung lüge, muß die Nichtexistenz des Willens beweisen, es genügt nicht, seine Existenz zweifelhaft zu machen. Aehnlich Schönemann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX Anh. S. 5, Vangerow 7. Aufl. III S. 281. 282. Theilweise wie Schliemann (in Betreff der Tradition) Schloßmann S. 76 fg. — Auch Brinz a. a. O., Czyhlarz Jahrb. f. Dogm. XIII S. 1 fg. (1873) und Schloßmann a. a. O. nehmen einen Widerspruch in den Quellen an, und suchen denselben auf den Gegensatz, der Erste zwischen „Formal- und Causalgeschäften" (vgl. II § 319), der Zweite zwischen civilen und prätorischen Geschäften, der Dritte zwischen Geschäften mit bestimmter solenner Form und formlosen Geschäften zurückzuführen. Für das heutige Recht nimmt Brinz Fortdauer der römischen Unterscheidung, Czyhlarz Anfechtbarkeit, Schloßmann, welcher die Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit für eine historische Zufälligkeit hält (vgl. § 82), Unwirksamkeit schlechthin (nach dem herrschenden Sprachgebrauch ausgedrückt Nichtigkeit) an. Für die Anfechtbarkeit schlechthin wieder Schulin über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio (Marburg 1873) S. 19 fg. S. auch Bechmann Kauf II S. 307 fg. Für die Nichtigkeit nach heutigem Recht Leonhard Irrthum S. 397.

[3] L. 12 § 2 l. 14 pr. D. h. t. Schliemann S. 29—31.

[4] Exceptio quod metus causa, actio quod metus causa. Das Nähere über diese exceptio und actio, sowie über die in integrum restitutio wegen metus, s. unten (II § 462, I § 118). Auch im bonae fidei iudicium konnte der Zwang geltend gemacht werden, wenngleich der Judex nicht ausdrücklich darauf verwiesen war. L. 8 C. de rese. vend. 4. 44. — Ueber die Behandlung der letztwilligen Verfügungen s. III § 548 Ziff. 1. § 633 Ziff. 7.

[5] Mag er es unmittelbar durch das erzwungene Rechtsgeschäft erhalten haben, oder mag es später an ihn gelangt sein. Die exceptio wie die actio quod metus causa sind in rem scriptae, l. 4 § 33 D. de doli exc. 44. 4, l. 9 § 1. 8 l. 10 pr. l. 14 § 3. 5 D. h. t. Ueber die Erstreckung der Wiedereinsetzung auf Dritte s. § 120 Note 4. — Exner Tradition S. 255 Note 5 will Schutz gewähren nicht bloß wenn das Rechtsgeschäft durch den Dritten erzwungen, sondern schon wenn es unter dem Einfluß einer von einem Dritten erregten Furcht abgeschlossen worden ist, wenngleich die Furchterregung nicht

Wirkung habe, erforderlich sowohl daß das gedrohte Uebel ein bedeutenderes, als daß die Furcht vor demselben eine begründete gewesen sei[6]. Ist das Eine oder das Andere nicht der Fall, so fällt der Schutz gegen Dritte weg, nicht aber nothwendig auch die Einrede und der Wiederherstellungsanspruch gegen den Zwingenden[7].

6. Inhalt des Rechtsgeschäfts*.

§ 81.

Die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts hängt endlich auch von seinem Inhalt ab; der Grund, weßwegen einem Rechtsgeschäft die

---

die Absicht hatte, das Rechtsgeschäft hervorzurufen. Diese Meinung beruht auf einer Auslegung von l. 9 § 1 D. h. t. und Paul. sentent. I. 7 § 5, welche keine zwingende Kraft hat. S. andererseits Wächter Württemb. Privatr. II S. 767 Note 15, Vangerow III § 605 Anm. 2 a. E.

[6] L. 3 § 1 — l. 9 pr. l. 22. 23 § 1. 2 D. h. t., l. 13 C. de transact. 2. 4, l. 4. 7. 8. 10 C. h. t. Die Quellen verlangen „timorem maioris malitatis", und nennen speciell als genügend Bedrohung des Lebens, des Leibes und der Freiheit, während sie umgekehrt Bedrohung des guten Rufes und Bedrohung mit Processen (Seuff. Arch. VIII. 27, XVIII. 112, XX. 219, XXII. 215, XXXIII, 213, XXXVII. 190, v. Glasenapp Arch. f. civ. Pr. LXV S. 258 fg.) als nicht zureichend bezeichnen. Bei den in den Quellen genannten Fällen stehen zu bleiben, wie Savigny III S. 105—107 will, oder auch nur, wie Schliemann S. 15—22 thut, daraus das Princip zu bilden, daß unter allen Umständen eine Bedrohung der Person erforderlich sei, erscheint bei der unbestimmten Ausdrucksweise der Quellen bedenklich. Zustimmend Arndts § 61 Anm. 4; ebenso Kramer p. 167 sq., der als positives Erforderniß aufstellt: Unwiederherstellbarkeit des Uebels. S. auch Dernburg § 103. Vgl. Seuff. Arch. VIII. 27. Bedrohung von Angehörigen: l. 8 § 3 D. h. t. Schliemann S. 20, Kramer p. 187 sq. Seuff. Arch. XXXIII. 283. Die Quellen verlangen ferner „metum non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat (l. 6 D. h. t.), wobei man nur den Superlativ nicht urgiren darf. Schliemann S. 26—28. — Nicht erforderlich ist Unberechtigtheit der Drohung an und für sich. Wer mit einem Uebel droht, welches er zufügen darf, versetzt den Bedrohten nicht minder in einen Zustand der Unfreiheit, als derjenige, welcher mit einem Uebel droht, zu dessen Zufügung er nicht berechtigt ist. L. 3 § 1 l. 7 § 1 und arg. l. 21 pr. D. h. t. Schliemann S. 24—26, Kramer p. 177—179.

[7] Jedenfalls ist begründet actio und exceptio doli, ferner kann begründet sein die condictio ob iniustam oder ob turpem causam (II § 423 Note 4. 5), bei Bedrohung mit Processen auch das edictum de calumniatoribus (II § 471). Vgl. übrigens auch Dernburg I § 103 Note 12.

* Wächter Württemb. Privatr. II § 90.

rechtliche Anerkennung versagt wird, kann auch der Inhalt des in ihm erklärten Willens sein. Die hierher gehörigen Bestimmungen sind aber zum großen Theil ganz specieller Natur und entziehen sich daher der hier anzustellenden Betrachtung[1]; von allgemeiner Bedeutung sind folgende.

1. Nichtig sind die Willenserklärungen, welche auf etwas Unmögliches gerichtet sind[2].

2. Nichtig sind auch diejenigen, die sich durch ihren Inhalt in Widerspruch setzen mit den Vorschriften des Sittengesetzes[3].

3. Nichtig sind ferner diejenigen, durch welche über Etwas verfügt wird, worüber der Verfügende nicht verfügen kann. Es kann aber erstens Niemand verfügen über die Rechtssphäre eines Andern[4], es müßte denn dieser Andere seine Einwilligung dazu gegeben haben[5], oder das Recht dazu in irgend einer sonstigen

§ 81. [1] So z. B. die Bestimmung, daß sich Ehegatten nicht schenken können, daß nicht nach Belieben Zinsen versprochen werden können ꝛc. Vgl. § 70 Note 1a.

[2] L. 1 § 9—11 D. de O. et A. 44. 7, l. 35 pr. l. 97 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 31. 185 D. de R. I. 50. 17.

[3] § 36 i. f. I. de leg. 2. 20, l. 112 § 3 D. de leg. I° 30, l. 26. 27 pr. l. 35 § 1 D. de V. O. 45. 1, l. 4 C. de inut. stip. 8. 38 [39]. Vgl. aus Seuffert's Arch. die II § 314 Note 4 citirten Erkenntnisse.

[4] Es kann Niemand die Sache eines Andern veräußern, es kann Niemand durch sein Versprechen einen Andern zum Schuldner machen, es kann Niemand die Forderung eines Andern cediren, der Schuldner kann dem Gläubiger durch Leistung an einen Andern seine Forderung nicht nehmen ꝛc.

[5] L. 20 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 38 § 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 9 § 2 D. de don. 39. 5, l. 9 § 4 D. de A. R. D. 41. 1, l. 2. 5 C. de reb. al. 4. 51, l. 4 C. de usuc. pro emt. 7. 26. Vgl. l. 165 D. de R. I. 50. 17. Durch die Ertheilung seiner Einwilligung begabt derjenige, über dessen Rechtssphäre verfügt wird, die fremde Willenserklärung mit einer Wirkungskraft, welche ihr an und für sich nicht zukommt, er gibt ihr die gleiche Wirkungskraft, welche seine eigene Willenserklärung gehabt haben würde. Aber weder ist die fremde Willenserklärung seine eigene, noch will er, wie bei der Stellvertretung, so angesehen werden, als hätte er selbst eine Willenserklärung wie die fremde abgegeben. A. M. Jhering (Jahrb. f. Dogm. I S. 307, vgl. II S. 125—128), welcher behauptet, daß hier lediglich ein Rechtsgeschäft des Einwilligenden vorliege, daß der Verfügende „am Rechtsgeschäft als solchem nicht den mindesten Antheil (habe)". Nach meiner Auffassung ist die Beziehung des Rechtsgeschäfts zu dem Einwilligenden lediglich die, daß durch dasselbe sein Vermögen (seine Rechtssphäre) mit seinem Willen gemindert wird, welcher Umstand dann allerdings möglicherweise auf den Bestand wie auf die rechtlichen Folgen des Rechtsgeschäfts von Einfluß sein kann.

Weise gesetzlich begründet sein[6]. Jene Einwilligung kann auch nachträglich gegeben werden[7], in welchem Falle man wieder, wie bei der Anerkennung einer in unserem Namen abgegebenen Willenserklärung (§ 74), von Genehmigung spricht[8]; näher über dieselbe § 83. Zweitens kann es auch vorkommen, daß Jemand in der Verfügung über seine eigene Rechtssphäre beschränkt ist. Sätze von allgemeinerer Bedeutung, welche hierher gehören, sind, daß unter Vormundschaft gestellte Personen[9] und Personen, welche sich im Concurs befinden[10], von ihrem Vermögen nichts veräußern können.

C. Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*.

1. Begriff und Arten.

§ 82.

Der Begriff der Ungültigkeit ist im Allgemeinen bereits angegeben worden. Ungültig ist dasjenige Rechtsgeschäft, welches,

---

Vgl. l. 38 § 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 9 § 2 D. de don. 39. 5, l. 8 C. de inoff. don. 3. 29; l. 16 D. manum. 40. 1, l. 30 § 1 D. qui et quib. 40. 9 (vgl. auch l. 22 D. de manum. vind. 40. 2). Etwas abweichend Karlowa Rechtsgeschäft S. 64 fg. — Kann die einmal ertheilte Einwilligung zurückgenommen werden? Es kommt zunächst darauf an, ob der Einwilligende sich hat binden wollen. Aber auch wenn er dieß gewollt hat, ist die Regel die, daß er die ertheilte Macht nur nicht zurücknehmen darf, während sein Können, vorbehaltlich zu leistenden Schadensersatzes, nicht ausgeschlossen ist. Jedoch kommt es auch vor, daß die ertheilte Machtbefugniß sich zu einem selbständigen Rechte gestaltet, so bei der Verpfändung, der (römischen) Cession. Das in diesen Fällen Anerkannte will für das heutige Recht zur Regel erheben Ihering Jahrb. f. Dogm. II S. 131. 132. 133.

[6] Hierher gehört im Besonderen der Fall des Pfandrechts, nicht bloß des gesetzlichen und gerichtlichen, sondern auch des vertragsmäßigen, da bei dem letzteren auf die Fortdauer der Einwilligung des Berechtigten nichts ankommt.

[7] L. 20 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 16 § 1 D. de pign. 20. 1, l. 38 § 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 C. de R. V. 3. 32, l. 4 C. de reb. al. 4. 51.

[8] Der Ausdruck ratihabitio wird in den Quellen zwar vorzugsweise von dem Falle der nachträglichen Einwilligung gebraucht, aber nicht mit Strenge auf ihn beschränkt, vgl. z. B. l. 44 § 1 D. de usurp. 41. 3, l. 4 C. de usuc. pro emt. 7. 26. Ebenso wird auch der Ausdruck consentire nicht bloß von vorgängiger Einwilligung gebraucht, vgl. z. B. l. 3 C. de R. V. 3. 32.

[9] Hiervon ist bereits oben in der Lehre von der Handlungsfähigkeit (§ 71) gehandelt worden.

[10] KO. § 5. 6.

* Savigny IV § 202. 203, Wächter II § 86, Sintenis I § 24,

weil es nicht allen rechtlichen Anforderungen entspricht, für das Recht nicht gilt, d. h. welchem das Recht die Kraft nicht zugesteht, die von ihm beabsichtigte Gestaltung der Verhältnisse herbeizuführen. Der Begriff der Ungültigkeit ist daher enger, als der der Unwirksamkeit; ein Rechtsgeschäft kann unwirksam sein auch ohne daß durch seine Mangelhaftigkeit sein Können gelähmt ist[1].

In dem Begriff der Ungültigkeit gibt es Gegensätze.

1. Der bei Weitem wichtigste dieser Gegensätze ist der ebenfalls im Allgemeinen bereits oben erörterte Gegensatz zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit. Entweder nämlich ist ein Rechtsgeschäft ungültig in der Weise, daß es die von ihm beabsichtigte rechtliche Wirkung gar nicht erzeugt, ebenso wenig, als wäre es nie abgeschlossen worden; ein solches Rechtsgeschäft nennt man ein nichtiges Rechtsgeschäft[2]. Oder ein Rechtsgeschäft ist un-

---

Unger II § 91. 92. Karlowa das Rechtsgeschäft und seine Wirkung S. 116 fg. Leonhard der Irrthum bei nichtigen Rechtsgeschäften S. 294 fg.

§ 82. [1] So wenn die ihm hinzugefügte Bedingung ausgefallen ist. Das Rechtsgeschäft entspricht hier allen rechtlichen Anforderungen; daß es nicht wirkt, hat seinen Grund nicht in seinem Nichtkönnen, sondern in seinem Nichtwollen. Ebenso, wenn die Genehmigung nicht erfolgt, auf welche hin Jemand ein Rechtsgeschäft im Namen eines Andern abgeschlossen hat (§ 74). — Es soll zwar nicht geleugnet werden, daß nach dem Wortsinn an und für sich ungültig auch diejenige Willenserklärung genannt werden kann, welche nicht wirkt, weil sie nicht wirken will; man kann auch von ihr sagen, daß sie für das Recht nicht gilt. Aber eine Unterscheidung in der Bezeichnung ist Bedürfniß, und Niemand wird bestreiten, daß der Sprachgebrauch ungültig vorzugsweise dasjenige nennt, was nicht anerkannt wird, obgleich es anerkannt sein möchte. — Jedenfalls dürfen diejenigen Fälle nicht unter den Begriff Ungültigkeit gestellt werden, in welchen die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts nicht in ihm selbst seinen Grund hat, sondern in einer Thatsache, welche die Wirkung (das Gewirkte) trifft, ohne das Rechtsgeschäft (die wirkende Kraft) zu berühren, z. B. in einer eingetretenen Verjährung. Savigny (IV S. 542) geht so weit, sogar den Fall der Erfüllung einer Obligation unter den Begriff der Ungültigkeit zu ziehen. — Uebrigens kann der Begriff der Unwirksamkeit im weiteren Sinn in den der Ungültigkeit übergehen; dieß ist der Fall bei der Voraussetzung (§ 97 Note 5). — In den Quellen wird ein Unterschied gemacht zwischen einem „non datum“ und einem „inutiliter datum“. L. 1 § 1 D. de reg. Cat. 34. 7, l. 60 [59] § 6 D. de her. inst. 28. 5, l. 14 pr. D. de iure cod. 29. 7. Diese Unterscheidung deckt sich aber mit der hier entwickelten Unterscheidung zwischen Unwirksamkeit und Ungültigkeit nicht vollständig. Vgl. Kretschmar Prälegate S. 211 fg., Karlowa a. a. O. S. 117 fg. Vgl. noch Note 2 a. E. und Leonhard a. a. O. S. 294 fg.

gültig in der Weise, daß es die von ihm beabsichtigte rechtliche Wirkung zwar erzeugt, dieselbe sich aber als unfähig erweist, um den ihr entsprechenden thatsächlichen Zustand herbeizuführen oder zu erhalten. Dieß letztere ist noch in doppelter Weise denkbar. Entweder so, daß die aus dem Rechtsgeschäfte erwachsene rechtliche Wirkung in sich selbst kraftlos ist, oder so, daß ihre Wieder-

---

[2] Einen engeren Begriff von Nichtigkeit stellt auf Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 219. 388 fg. Er nennt nichtig nur dasjenige Rechtsgeschäft, welches in keiner Beziehung rechtlich in Betracht kommt, auch nicht mit einer andern als der beabsichtigten rechtlichen Wirkung, und unter keiner möglichen künftigen Gestaltung der Verhältnisse. Hiernach nimmt er Nichtigkeit nur an bei Formmangel, Handlungsunfähigkeit und Gesetzwidrigkeit des Inhalts, nicht aber z. B. bei wesentlichem Irrthum, wegen der dabei möglicherweise stattfindenden Verhaftung auf das s. g. negative Vertragsinteresse (II § 311), und nicht bei Veräußerung durch den Nichteigenthümer, wegen der möglichen Genehmigung des Eigenthümers. Vgl. auch Hartmann Obligation S. 176, Bechmann Kauf I S. 688 fg., Kohler Zeitschr. f. franz. Civilr. VIII S. 502 fg. — Das nichtige Rechtsgeschäft existirt für das Recht nicht; thatsächlich ist es vorhanden. Es ist ein Körper ohne Seele; aber deßwegen nicht weniger ein Körper. Hierdurch erledigen sich die Bemerkungen von Schloßmann zur Lehre vom Zwange S. 7 fg. Vgl. übrigens jetzt auch denselben Schriftsteller in seiner Schrift über den Vertrag S. 139. — In einem ganz besonderen Sinne spricht Karlowa in der in Note * bezeichneten Schrift (S. 5 fg.) von „Existenz" oder „Bestand" des Rechtsgeschäfts. Er versteht darunter denjenigen Zustand, welcher durch das von der Rechtsordnung anerkannte Rechtsgeschäft hervorgerufen werde, bevor die von ihm beabsichtigte rechtliche Wirkung eingetreten sei, und welcher die Grundlage und Ursache dieser Wirkung bilde; trete die von dem Rechtsgeschäft beabsichtigte Wirkung sogleich ein, so sei seine Existenz nur eine momentane. Jenen Zustand bezeichnet Karlowa als „Gebundenheit der Geschäftssubjecte", durch welche Gebundenheit aber die Widerruflichkeit des Rechtsgeschäfts nicht ausgeschlossen werde; auch der Errichter eines Testaments sei „gebunden". Ich bezweifle, daß dieser neue Begriff sich einbürgern wird. — Die dem deutschen Ausdruck Nichtigkeit entsprechenden römischen Ausdrücke: negotium nullum, negotium nullius momenti werden in den Quellen nicht mit derjenigen Strenge, mit welcher wir den Ausdruck Nichtigkeit handhaben, von dem anfechtbaren Rechtsgeschäft ferngehalten, vgl. z. B. l. 16 § 1 D. de minor. 4. 4, l. 3 § 3 D. pro socio 17. 2, l. 22 D. quae in fraud. cred. 42. 8, sowie umgekehrt der Ausdruck rescindere auch von dem nichtigen Rechtsgeschäft gebraucht wird, z. B. l. 7 § 16 D. de pactis 2. 14, l. 64 § 1 D. de cond. 35. 1, Ulp. § 1. 2. In l. 8 pr. D. de per. 18. 6 und l. 31 D. de O. et A. 44. 7 werden die Ausdrücke nullus und nullius momenti auch von dem bedingten Rechtsgeschäft bei Ausfall oder Unmöglichkeit der Bedingung gebraucht.

aufhebung verlangt werden kann. Das Erste ist der Fall, wenn der von dem Rechtsgeschäft erzeugte Anspruch mit einer Einrede behaftet ist, so daß er wider Willen desjenigen, gegen den er begründet ist, nicht durchgesetzt werden kann[3]. Bei dem Zweiten findet noch der Unterschied statt, daß die Wiederaufhebung entweder durch den Richter zu geschehen hat[4], oder aber durch die Thätigkeit desjenigen, zu Gunsten dessen die rechtliche Wirkung eingetreten ist oder gegenwärtig besteht[5]; denkbar ist es auch, daß sie durch eine einfache Erklärung desjenigen, welcher sich durch die eingetretene rechtliche Wirkung beschwert findet, beschafft werden kann[5a]. Jedenfalls ist also, wenn das Rechtsgeschäft nicht

---

[3] Beispiele: exceptio quod metus causa, doli, SC^{i} Macedoniani, SC^{i} Velleiani. Der durch Einrede geschützte Verpflichtete ist für das ökonomische Resultat gleich einem Nichtverpflichteten. „Obligatum accipere debemus, si exceptione se tueri non potest; ceterum si potest, dicendum non esse obligatum", l. 20 § 3 D. de liber. causa 40. 12. S. noch l. 42 § 1 D. de O. et A. 44. 7, l. 25 D. de V. O. 45. 1, l. 66 D. de R. I. 50. 17. Aber auch nur für das ökonomische Resultat; die juristische Structur des Rechtsverhältnisses ist eine andere, wie bei der Nichtverpflichtung. Diejenigen Schriftsteller, welche für das heutige Recht die Berechtigung des Begriffs der exceptio bestreiten, zählen natürlich diesen Fall der Anfechtbarkeit zur Nichtigkeit. Vgl. § 47 Note 1 und im Besonderen Brinz 1. Aufl. S. 1631 und E. Zimmermann in seinen kritischen Bemerkungen zu Eisele's Schrift über die materielle Grundlage der Exceptio S. 30 fg. Ich halte das Aufgeben der Unterscheidung zwischen derjenigen Ungültigkeit, welche in dem Fehlen eines constitutiven Elementes des Rechtsgeschäfts, und derjenigen, welche in anderen mehr äußerlichen Mängeln ihren Grund hat, für keinen Fortschritt, wenn auch nicht geleugnet werden soll, daß bei der Ausbildung dieses Gegensatzes in einem gegebenen Recht historische Zufälligkeiten mitwirken können, und speciell im römischen Recht mitgewirkt haben. Was die praktische Bedeutung des Unterschieds zwischen obligatio nulla und ope exceptionis inanis angeht, so ist eine solche Bedeutung jedenfalls für die processualische Behandlung (in Betreff der Anführungspflicht) vorhanden; für das materielle Recht kommt allerdings dem § 47 Note 1 Gesagten gegenüber in Betracht, daß auch das nichtige Rechtsgeschäft bestätigt werden kann (§ 83 Num. 2). Vgl. jetzt noch Leonhard a. a. O. S. 301 fg.

[4] Beispiele: in integrum restitutio, bonorum possessio contra tabulas, querela inofficiosi testamenti.

[5] Beispiele: actio doli. actio quod metus causa. — Man bemerke, daß es heißt: die Wiederaufhebung der eingetretenen rechtlichen Wirkung, nicht: die Anfechtung, habe durch denjenigen zu geschehen, zu Gunsten dessen die Wirkung eingetreten ist.

nichtig ist, eine Reaction gegen dasselbe erforderlich, um seine Wirksamkeit auszuschließen, während eine solche Reaction bei dem nichtigen Rechtsgeschäfte nicht nur nicht nöthig, sondern nicht einmal denkbar ist[6]. Und diese Reaction muß von bestimmten Personen ausgehen, während auf die Nichtigkeit sich Jedermann berufen kann. Aus dem letzteren Grunde nennt man die Ungültigkeit, welche nicht Nichtigkeit ist, auch relative Ungültigkeit (die Nichtigkeit selbst absolute). Gebräuchlicher ist heutzutage die bereits angegebene Bezeichnung Anfechtbarkeit[7].

[5a] Vgl. III § 591 Note 13.

[6] Daher hat namentlich eine Nichtigkeitsklage Sinn nur als Präjudicialklage, d. h. als Klage auf Feststellung der Nichtigkeit. Im Widerspruch hiermit wollte eine früher sehr verbreitete Ansicht in wichtigen Fällen (vgl. Unger § 91 Note 29. 30) das Dasein der Nichtigkeit von der Durchführung der s. g. querela nullitatis abhängig machen, und stellte demgemäß den Satz auf, daß durch die Verjährung dieser Klage die Nichtigkeit geheilt werde. Zur unbestrittenen Herrschaft ist diese Ansicht im Proceß und im Eherecht gelangt. Die früher sehr angefochtene Zulässigkeit einer Klage auf Feststellung der Nichtigkeit (vgl. Seuff. Arch. VI. 319. 320, XV. 144, XVII. 208, Regelsberger Arch. für prakt. RW. N. F. IX S. 416 fg.) ist jetzt durch CPO. § 231 außer Zweifel gestellt. Vgl. dazu noch Seuff. Arch. XXXVIII. 104. Dem bei Seuff. Arch. VI S. 455—458 bezeichneten Bedürfniß (Wiedererlangung des durch das nichtige Rechtsgeschäft factisch Verlorenen) hilft die römische condictio possessionis ab. Das Erk. XVIII. 113 gibt actio in factum, womit in der That nichts erklärt ist. S. nach Seuff. Arch. III. 177.

[7] Dieser Ausdruck ist durch Savigny zu einer fast allgemeinen Anerkennung gelangt, obgleich er nicht ganz paßt, da er den Fall, wo gegen den von dem Rechtsgeschäft erzeugten Anspruch nur eine Einrede begründet ist, schlecht bezeichnet, weßwegen auch Andere in diesem Fall von Anfechtbarkeit nicht geredet wissen wollen. — Man begegnet wohl der Ansicht, die Anfechtbarkeit sei nicht selbst Ungültigkeit, sondern eröffne nur die Möglichkeit, das Rechtsgeschäft ungültig zu machen; dasselbe sei nicht eher ungültig, bis die Anfechtbarkeit durchgeführt worden sei. Am bestimmtesten ist diese Ansicht von Wächter I S. 422 fg. Württemb. Privatr. II S. 653 (Note 3). 656. 657 und von Brinz 1. Aufl. S. 1633. 1634 ausgesprochen worden; vgl. auch Sintenis I S. 211. 218, Leonhard a. a. O. S. 312, und unten Note 9 a. E. Mit dem oben aufgestellten Begriff der Ungültigkeit ist diese Ansicht unverträglich. Das anfechtbare Rechtsgeschäft ist dadurch eben, daß es anfechtbar ist, nicht minder in seiner Kraft gehemmt, als das nichtige; es findet hier ein Unterschied in der Art und Weise, und, wenn man will, im Grade der Hemmung statt; aber das thut dem Wesen des Begriffs keinen Eintrag. Offenbar unter dem Einflusse dieser Auffassung steht die Behauptung Wächter's (I S. 423. Württemb. Privatr. II S. 656, vgl. Unger II

2. Ein fernerer Gegensatz in der Ungültigkeit ist, daß sie entweder entschieden oder unentschieden ist. Entweder — und dieß bildet den regelmäßigen Fall — versagt das Recht von vorn herein dem Rechtsgeschäft seine Anerkennung, oder das Recht läßt es einstweilen dahingestellt, ob das Rechtsgeschäft seine Anerkennung verdient oder nicht, und macht seine Entscheidung von dem Eintreten oder Nichteintreten eines künftigen ungewissen Umstandes abhängig. Dieser Umstand kann namentlich auch die Willenserklärung einer der beim Rechtsgeschäft betheiligten Personen sein; je nachdem diese Person will, ist das Rechtsgeschäft, und zwar von Anfang an, gültig oder ungültig. Die in Folge einer solchen Erklärung eintretende Ungültigkeit kann an und für sich sowohl Anfechtbarkeit als Nichtigkeit sein; gewöhnlich denkt man nur an den letzteren Fall[8]. Derselbe unterscheidet sich von der (entschie-

S. 161), daß, wenn in Folge der Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts seine Wirkung wiederaufgehoben werde, dieß nur für die Zukunft, nicht auch für die Vergangenheit, geschehe. Geht man dagegen davon aus, daß die Anfechtbarkeit selbst schon Ungültigkeit sei, die Wiederaufhebung Folge und Ausdruck der Ungültigkeit, nicht ihr Grund, so gelangt man umgekehrt zu dem Satze, daß die Wiederaufhebung auch für die Vergangenheit wirke, und man wird in den Fällen, wo das positive Recht der Wiederaufhebung ausgesprochenermaßen eine solche Wirkung nicht beilegt, nur eine Abweichung von dem Principe erblicken. Vgl. noch Karlowa a. a. O. S. 158. — Schloßmann der Vertrag S. 20 fg. ist der Ansicht, daß, so wenig wie die Nichtigkeit (s. Note 2), ebensowenig die Anfechtbarkeit als eine Qualität des Rechtsgeschäfts bezeichnet werden dürfe; bei der s. g. Anfechtbarkeit werde einfach die auf Grund eines Thatbestandes eingetretene rechtliche Wirkung auf Grund eines andern Thatbestandes wieder aufgehoben. Hiernach wäre kein Unterschied zwischen dem Verlust des Eigenthums durch Wiederveräußerung und dem Verlust des Eigenthums in Folge der actio quod metus causa.

[8] Insofern in demselben die Nichtigkeit von dem Willen einer bestimmten Person abhängt, kann man sie auch eine relative Nichtigkeit nennen, wo denn die entschiedene Nichtigkeit als absolute erscheint. — Es ist gegen die s. g. relative Nichtigkeit eine lebhafte Opposition erhoben worden in einem gründlich geschriebenen Aufsatz von Brandis (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII S. 121 fg. [1834]), und diese Opposition hat vielfachen Anklang gefunden, vgl. z. B. Bangerow I S. 397. 518. 630 (7. Aufl.). II § 485 Anm. z. E., Sintenis I § 24 Note 17, Böcking I § 119. d. e. Versteht man, wie das freilich geschehen ist, unter relativer Nichtigkeit eine Nichtigkeit, welche für den Einen vorhanden ist, für den Andern nicht, so ist das allerdings ein in sich verkehrter Begriff; versteht man unter ihr das im Text Angegebene, so macht ihr Begriff keinerlei Schwierigkeit. Jedenfalls ist derselbe unentbehrlich für

denen) Anfechtbarkeit dadurch, daß in ihm das von dem Willen der betreffenden Person Abhängige ist, ob von einer irgend welchen Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts überhaupt soll geredet werden können, bei der Anfechtbarkeit hingegen, ob die von dem Rechtsgeschäfte zweifellos an und für sich hervorgebrachte rechtliche Wirkung zur thatsächlichen Geltung gelangen soll oder nicht[9].

3. Die Ungültigkeit kann eine ursprüngliche oder eine nachfolgende sein; derjenige Umstand, welcher die Willenserklärung ihrer Kraft beraubt, kann sogleich mit der Willenserklärung vorhanden sein, oder erst nach ihr eintreten[10]. Ueber die Frage, ob jeder

---

das heutige katholische Eherecht (vgl. übrigens auch Brinz 1. Aufl. S. 1644), und war aus gleichem Grunde, wie für dieses, unentbehrlich für das römische Recht in Betreff der Freilassung, vgl. l. 5 C. de servo pign. dato 7. 8, l. 1 § 1 D. de statu lib. 40. 7. Schmidt Pflichttheilsrecht des Patronus S. 123 Note 82. Ob aber alle die Fälle, welche man gewöhnlich zur relativen Nichtigkeit zählt, wirklich unter dieselbe gehören, ist eine andere Frage; was namentlich die s. g. relative Nichtigkeit zweiseitiger Verträge angeht, s. II § 321 Note 22–24. Ebensowenig gehört die „Nichtigkeit" des § 6 der KO. und des § 326 der StrPO. hierher; sie ist in der That Anfechtbarkeit (vgl. übrigens auch Mandry S. 122). Wächter (I S. 438. Württemb. Privatr. II S. 669) faßt die unentschiedene Nichtigkeit als Gültigkeit auf, welche durch die Erklärung einer Partei zur Nichtigkeit, d. h. zur Unwirksamkeit von Anfang an, wird. Für uns ist das Anfechtbarkeit, da wir nicht zugeben, was Wächter behauptet, daß es im Begriffe der Anfechtbarkeit liege, daß das angefochtene Rechtsgeschäft nur für die Zukunft unwirksam werde (Note 7). In anderen Fällen, welche gewöhnlich als Fälle der relativen Nichtigkeit bezeichnet werden, nimmt Wächter (I S. 432 fg. Württemb. Privatr. S. 667) eine Nichtigkeit an, welche durch die Erklärung einer Partei zur Gültigkeit wird, so namentlich in dem Fall, wo ein Geschlechtsunreifer einen zweiseitigen Vertrag ohne Mitwirkung des Vormunds abgeschlossen hat. Wächter's Auffassung theilt Unger II S. 149, während Schliemann Lehre vom Zwange S. 137. 138 richtig betont, daß bei der relativen Nichtigkeit vor der Entscheidung weder Gültigkeit noch Nichtigkeit vorhanden ist.

[9] Welcher Unterschied freilich praktisch in dem Falle keiner ist, wo die Anfechtung nur Erklärung der betreffenden Person voraussetzt. — Savigny (IV S. 539) zählt die Anfechtbarkeit selbst zur unentschiedenen Ungültigkeit. Es liegt dem die in Note 7 bezeichnete Verwechslung zu Grunde (vgl. IV S. 560).

[10] An einer nachfolgenden Ungültigkeit leidet z. B. das Testament nach der Geburt eines nicht berücksichtigten Notherben, die bedingte Veräußerung einer Sache nach dem Untergang der Sache. Aber nicht wird eine nachfol-

Umstand, welcher, wenn er sogleich vorhanden gewesen wäre, die Willenserkärung ungültig gemacht haben würde, auch durch sein späteres Eintreten die Ungültigkeit der Willenserkärung herbeiführe, s. die Note[11].

4. Die Ungültigkeit bezieht sich entweder auf den gesammten Umfang des in einem Rechtsgeschäft Gewollten, oder nur auf einen Theil desselben[12].

---

gende Ungültigkeit durch die Geltendmachung der Anfechtbarkeit begründet (Note 7). Ebenso wenig ist eine nachfolgende Ungültigkeit vorhanden, wenn eine bisher unentschiedene Ungültigkeit sich in eine entschiedene verwandelt; dadurch wird nicht eine Mangelhaftigkeit des Rechtsgeschäfts nachträglich begründet, sondern festgestellt, daß eine Mangelhaftigkeit von Anfang an vorhanden gewesen ist. S. auch die folgende Note.

[11] 1) Von Ungültigwerden einer Willenserklärung darf nur da geredet werden, wo dieselbe in die Lage kommt, die von ihr beabsichtigte rechtliche Wirkung nicht mehr erzeugen zu können, nicht aber da, wo die von ihr erzeugte rechtliche Wirkung hinterher wieder aufgehoben wird. Die Quellen ziehen jedoch in die Fragstellung auch dieses letztere Verhältniß mit hinein. Vgl. l. 85 § 1 D. de R. I. 50. 17, l. 140 § 2 D. de V. O. 45. 1, und andererseits l. 3 § 2 D. de his quae pro non scr. 34. 8, l. 98 pr. l. 136 § 1 de V. O. 45. 1, l. 11 D. de serv. 8. 1, l. 16 D. ad. leg. Aquil. 9. 2, § 6 I. de nox. act. 4. 8. 2) Die im Text aufgeworfene Frage setzt also solche Willenserklärungen voraus, welche nicht sofort die rechtliche Wirkung, auf welche sie gerichtet sind, zu erzeugen beabsichtigen; sie greift namentlich Platz bei letztwilligen, bei bedingten (im weiteren Sinn) und bei befristeten Willenserklärungen. Zur Beantwortung der Frage wird man aber zwischen den verschiedenen Erfordernissen der Gültigkeit der Willenserklärungen zu unterscheiden haben. a) Die Rechtsfähigkeit des Subjects muß bis zu dem Zeitpunkte dauern, zu welchem die Willenserklärung Wirksamkeit gewinnen soll. S. III § 563 Ziff. 1. § 639 Ziff. 1 und l. 14 § 1 D. de nov. 46. 2. b) Ebenso muß der Inhalt des erklärten Willens noch zu dieser Zeit den gesetzlichen Anforderungen entsprechen. S. III § 549 Ziff. 1. § 563 Ziff. 3. § 639 Ziff. 2. 3, l. 14 pr. l. 31 pr. D. de nov. 46. 2, l. 8 pr. D. de peric. 18. 6, l. 98 pr. D. de V. O. 45. 1. c) Dagegen schadet Wegfall der Handlungsfähigkeit des Subjects regelmäßig nicht. L. 20 § 4 D. qui test. 28. 1, l. 1 § 9 D. de B. P. s. t. 37. 11, l. 2 § 5 D. de don. 39. 5. S. andererseits § 74 Note 2a. Literatur: Savigny IV S. 552 fg., Wächter I S. 438 fg. Württemb. Privatr. II S. 669, Böcking § 119 h. i., Unger II S. 144, Brinz S. 1627 fg., Karlowa a. a. O. S. 122 fg.

[12] So ist die nicht insinuirte große Schenkung gültig bis zur Insinuationssumme, ungültig soweit sie diese Summe überschreitet. — Die Ungültigkeit, welche sich auf einen Theil des Gewollten bezieht, hat die Ungültigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts dann zur Folge, wenn ohne den ungültigen Theil

5. Die Ungültigkeit ist vorhanden entweder für das Recht überhaupt, oder nur für denjenigen Rechtssatz, welchen der das Rechtsgeschäft Abschließende zunächst in's Auge gefaßt hat. Den Anforderungen, welche dieser Rechtssatz an ein gültiges Rechtsgeschäft stellt, genügt das Rechtsgeschäft nicht; dagegen entspricht es den Anforderungen eines anderen Rechtssatzes, aus welchem die gleiche rechtliche Wirkung hervorgeht[13]. Indem das Rechtsgeschäft nach diesem letzteren Rechtssatz aufrecht erhalten wird, befolgt man den präsumtiven Willen seines Urhebers[14]. Gewöhnlich

auch der andere Theil rechtlich nicht bestehen kann oder nach der Absicht des Urhebers nicht bestehen soll. So ist das Zinsversprechen ungültig, wenn das Kapitalversprechen es ist. „Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem quae sequuntur locum habent", l. 129 § 1 D. de R. I. 50. 17, vgl. l. 178 eod. Sonst heißt es: „utile non debet per inutile vitiari", c. 37 de R. I. in VI° 5. 13, l. 1 § 5 D. de V. O. 45. 1. Seuff. Arch. XXXIV. 269.

[13] Beispiele. Ein Soldat will nach gemeinem Rechte testiren, und erfüllt nicht die Anforderung desselben; sein Testament ist immerhin gültig nach dem besonderen Recht des Soldatenstandes (l. 3 D. de test. mil. 29. 1). Ein nach dem Recht der acceptilatio ungültig abgeschlossener Erlaßvertrag kann gültig sein nach dem Recht des pactum de non potendo (l. 5 pr. D. de resc. vend. 18. 5, l. 8 pr. l. 19 pr. l. 23 D. de accept. 46. 4). Ein ungültiges Wechselversprechen kann gültig sein nach dem Rechte des Schuldscheins (vgl. übrigens Römer Abhandlungen I S. 75 fg.), ein ungültiger Erbvertrag nach dem Rechte des Testaments (III § 529 Note 39).

[14] „Neque enim, qui voluit iure communi testari, statim beneficio militari renuntiavit, nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua iudicia", l. 3 D. de test. mil. *cit.* Selbst da nehmen unsere Quellen keinen Anstand, es für das Wahrscheinlichste zu halten, daß der Urheber des Rechtsgeschäfts Wirkung desselben nicht bloß nach dem zunächst in's Auge gefaßten Rechtssatz gewollt habe, wo die Wirkung, welche es nach diesem gehabt haben würde, bloß im Wesen mit derjenigen übereinkommt, welche sich aus dem wirklich zutreffenden Rechtssatz ergibt, nicht aber in allen Eigenschaften, so namentlich bei acceptilatio und pactum de non petendo. Wenn dagegen der wirklich zutreffende Rechtssatz eine Wirkung ganz anderer Art erzeugt, als der in's Auge gefaßte, wenngleich eine Wirkung, welche im Allgemeinen dieselbe Richtung verfolgt, so ist ohne ausdrückliche Erklärung des Urhebers des Rechtsgeschäfts nicht anzunehmen, daß auch diese Wirkung anderer Art gewollt sei. Daraus erklären sich die Entscheidungen in l. 1 § 4 D. de pec. const. 13. 5, l. 9 D. de spons. 23. 1, l. 1 D. de iure. cod. 29. 7. Daß übrigens hier die Grenze keine scharf gezeichnete ist, und daher im einzelnen Fall der Auslegung viel überlassen werden muß, liegt auf der Hand. Unger (Inhaberpapiere S. 92. 93) geht wohl zu weit,

spricht man in diesem Falle von einer „Conversion" des Rechtsgeschäfts[15].

2. Heilung der Ungültigkeit.

§ 83.

Kann ein ungültiges Rechtsgeschäft hinterher gültig werden? Kann die Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts geheilt werden[1]? Die Umstände, welche hier in Betracht kommen, sind folgende.

1. Wegfallen des Ungültigkeitsgrundes, also Aufhebung der Thatsache, deren Vorhandensein, Entstehen der Thatsache, deren Nichtvorhandensein die Ungültigkeit zu Wege gebracht hat. Auszugehen ist davon, daß hierdurch die Ungültigkeit nicht geheilt wird; es kann jetzt eine Willenserklärung, welcher die rechtliche Anerkennung zu Theil wird, neuerdings abgegeben werden, aber deßwegen ist es nicht weniger wahr, daß der abgegebenen die rechtliche Anerkennung nicht zu Theil geworden ist[2]. Nur in Ausnahmefällen begnügt sich das Recht auch mit einem späteren Eintreten des zur Gültigkeit des Rechtsgeschäfts Erforderlichen.

---

wenn er auf Grund von l. 47 D. de O. et A. 44. 7 bei allen Obligationsacten die Präsumtion für die Nichterstreckung sprechen läßt. L. 1 § 2 D. de V. O. 45. 1 gehört nur unter der Voraussetzung hierher, daß durch ein nudum pactum nach römischem Recht eine naturalis obligatio erzeugt wurde, worüber zu vergleichen ist II § 289 Note 1. S. noch III § 631 Num. 4.

[15] Der Ausdruck ist nicht glücklich gewählt. Das Rechtsgeschäft wird nicht dadurch aufrechterhalten, daß es zu einem andern gemacht wird, sondern es wird aufrechterhalten als das, was es ist, es wird nur eine nicht offen liegende Seite desselben herausgekehrt. S. aber auch Brinz 2. Aufl. II § 283 Note 4. — Eine besondere Behandlung dieser Lehre hat Römer (Arch. f. civ. Pr. XXXVI S. 66 fg. [1853]) gegeben; vgl. auch Unger Inhaberpapiere S. 90—94. Seuff. Arch. XXVIII. 240.

§ 83. [1] Gewöhnlich spricht man von Convalescenz der Rechtsgeschäfte, obgleich der Ausdruck convalescere weder an und für sich auf den Fall beschränkt ist, wo ein Rechtsgeschäft durch Gültigwerden Wirksamkeit gewinnt, noch in den Quellen darauf beschränkt wird. In l. 9 § 3 D. qui pot. 20. 4 wird er sogar von einem nachstehenden Pfandrecht gebraucht, welches durch Wegfallen des vorhergehenden zur vollen Wirksamkeit gelangt.

[2] L. 29 D. de R. I. 50. 17. „Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere". Literatur: Savigny IV S. 554 fg., Wächter Württemb. Privatr. II S. 661 fg., Unger II S. 154 fg., Brinz 1. Aufl. S. 1662 fg., Karlowa a. a. O. S. 122 fg., Kohler Zeitschr. f. franz. Civilrecht VIII S. 559 fg. (Ges. Abhandlungen I S. 284 fg.).

So namentlich, wenigstens regelmäßig[3], da, wo zur Gültigkeit des Rechtsgeschäfts der Consens einer dritten Person erforderlich ist; die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts wird hier durch die nachträgliche Ertheilung dieses Consenses, durch die Genehmigung[4] dieser dritten Person, geheilt[5]. Diese Genehmigung hat auch rückwirkende Kraft, so jedoch, daß in der Zwischenzeit entstandene Rechte Dritter dadurch nicht beeinträchtigt werden[6]. Ferner gehört hier-

---

[3] Eine Ausnahme findet z. B. statt bei der auctoritas tutoris (§ 71 Note 7). S. ferner l. 67 [65] pr. D. ad SC. Treb. 36. 1, pr. I. de nupt. 1. 10 (freilich auch l. 12 D. de his qui not. 3. 2).

[4] Es ist dieß eine der ferneren Anwendungen des Begriffs der Genehmigung (ratihabitio), auf welche in § 74 Note 3 hingewiesen worden ist. Die Literaturangaben s. daselbst. Die das. citirte Schrift von L. Seuffert über die Ratihabition der Rechtsgeschäfte handelt von diesem Fall der Genehmigung S. 95—116.

[5] Der wichtigste unter den hierher gehörigen Fällen ist der, wo Jemand die Verfügung, welche ein Anderer über seine Rechtssphäre getroffen hat, genehmigt (§ 81 Note 7). Andere Fälle sind: der Curator genehmigt die vom Minderjährigen gemachte Veräußerung, der Vater das dem Hausſohne gegebene Darlehn (l. 7 pr. C. ad SC. Mac. 4. 28). — Nicht ganz auf gleicher Linie mit der Genehmigung steht der Fall, wo zu einem Rechtsgeschäfte in dem Sinne die Mitwirkung Mehrerer erforderlich ist, daß Jeder als selbständig Handelnder aufzutreten hat, wie bei der Bestellung einer Dienstbarkeit an einem im Miteigenthum stehenden Grundstück oder für ein solches Grundstück. Aber auch in diesem Falle ist anerkannt, daß die Willenserklärungen der mehreren Miteigenthümer nicht gleichzeitig zu erfolgen brauchen, allerdings nur mit einer Beschränkung, und ohne daß der letzten Willenserklärung rückwirkende Kraft beigelegt wird. S. l. ult. D. comm. praed. 8. 4 und § 212 Note 3. 8. Vgl. auch l. 8 § 2 D. de opt. leg. 33. 5. Jhering Jahrb. f. Dogm. IV. S. 91 Note 94. X S. 465 fg., Regelsberger civilrechtliche Erörterungen S. 36 fg., Köppen Jahrb. für Dogm. XI S. 155. 236 fg., Schott der obligatorische Vertrag unter Abwesenden S. 179 fg., Zimmermann stellvertretende Negotiorum Gestio S. 140, Marſſon die Natur der Vertragsofferte S. 66 fg.

[6] Es gilt hier dasselbe, was oben (§ 74 Note 6) in Betreff der Genehmigung der von einem Dritten in unserem Namen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte gesagt wurde, nämlich daß zwar an und für sich der Genehmigung rückwirkende Kraft nur in dem Sinne beigelegt werden kann, daß der Genehmigende verpflichtet ist, sich so behandeln zu lassen, als wäre die rechtliche Wirkung des Rechtsgeschäfts schon damals eingetreten, daß aber l. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16 nöthigt, weiterzugehen. und der Genehmigung rückwirkende Kraft schlechthin zuzuschreiben (s. Note 10), wobei jedoch die im Texte

her, wenigstens in einem gewissen Sinne, der Fall, wo der Veräußerer das zur Veräußerung berechtigende Eigenthums- oder Verfügungsrecht nicht hat, aber hinterher erwirbt[7]. Endlich wird die Gültigkeit eines bedingten Rechtsgeschäfts, was den Inhalt des erklärten Willens angeht, lediglich nach dem Zustande zur Zeit der Erfüllung der Bedingung bemessen[7a].

2. Bestätigung. Unter Bestätigung wird verstanden die Erklärung des Urhebers des Rechtsgeschäfts, daß dasselbe gültig sein solle[8]. Es versteht sich von selbst, daß die Bestätigung, um wirksam zu sein, nicht ihrerseits an einem Ungültigkeitsgrunde, und namentlich nicht an demselben Fehler leiden darf, welcher der bestätigten Willenserklärung anklebt. Was aber die Wirkung der Bestätigung näher angeht, so ist zu unterscheiden zwischen dem anfechtbaren und dem nichtigen Rechtsgeschäft. Bei dem anfechtbaren Rechtsgeschäft wirkt die Bestätigung als Verzicht auf das Anfechtungsrecht, und gewährt so der von Anfang an vorhanden gewesenen Wirkung des Rechtsgeschäfts die Möglichkeit freier Ent-

---

hinzugefügte Beschränkung sich von selbst versteht. Vgl. in dieser Beziehung noch Seuff. Arch. XXV. 298. Für die Rückwirkung sprechen auch l. 56 D. de iud. 5. 1 und l. 16 § 1 D. de pign. 20. 1, obgleich diese Stellen allerdings keinen unumstößlichen Beweis enthalten, ferner l. 71 § 1. 2 D. de sol. 46. 3, mit welcher Stelle freilich l. 25 § 1 D. ratam rem 46. 8 in directem Widerspruch steht; widersprechend auch l. 5 pr. D. quis ordo 38. 15. Aber auf Meinungsverschiedenheiten der römischen Juristen in Betreff der Wirkung der Genehmigung deutet auch Justinian in der citirten Coderstelle hin. Vgl. § 74 Note 6 Ziff. 4.

[7] Davon näher unten § 172 Note 5—8, § 172a Note 3. Vgl. einstweilen l. 58 [56] D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 42 D. de usurp. 41. 3.

[7a] Nicht aber was die Fähigkeit der handelnden Person und was die Erfordernisse des Willensactes angeht. S. l. 31 l. 98 pr. D. de V. O. 45. 1 (freilich auch l. 26 D. de stip. serv. 45. 3) und III § 638 Note 6. Unbedingte letztwillige Verfügungen stehen unter der Regel, s. III § 638.

[8] Gewöhnlich wird die Bestätigung als Genehmigung bezeichnet, und so auch die Quellen, welche regelmäßig von ratihabitio und nicht von confirmatio sprechen. So ergibt sich also wieder ein neuer Sinn (vgl. Note 4 und § 74 Note 3) des Ausdrucks Genehmigung (ratihabitio). Bei der ohnehin hinreichend großen Vieldeutigkeit desselben ist es gewiß gerechtfertigt, ihn von der Bestätigung fernzuhalten. Von diesem Fall der Genehmigung handelt die Schrift von L. Seuffert über die Ratihabition der Rechtsgeschäfte S. 117—159.

faltung[9]. Was die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts angeht, so wäre an und für sich zu sagen, daß dieselbe als Bestätigung überhaupt keine Wirkung auszuüben vermöge, da das gar nicht Vorhandene auch nicht kräftig gemacht werden könne, sondern nur als neuer Abschluß eines Rechtsgeschäfts gleichen Inhalts. Das römische Recht hat sich jedoch hierüber hinweggesetzt und die Bestätigung auch des nichtigen Rechtsgeschäfts als Bestätigung allerdings anerkannt[9a]. Ja es legt derselben sogar rückwirkende Kraft bei. Dieser letztere Satz erleidet jedoch wesentliche Einschränkungen: er gilt nicht, wenn das früher abgeschlossene Rechtsgeschäft nichtig war wegen Formmangels, oder aus einem Grunde öffentlichen Interesses, und er gilt nicht gegenüber Rechten Dritter, welche in der Zwischenzeit erworben sind[10].

---

[9] Beispiele in l. 3 § 1 D. de min. 4. 4, l. 4 C. de his quae vi 2. 19 [20].

[9a] Vgl. Seuff. Arch. XXIX. 108, XXXIX. 288.

[10] Nach der jetzt herrschenden Meinung (Literaturangaben § 74 Note 3) soll die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts nur als Abschluß eines neuen Rechtsgeschäfts wirken, und daher auch der rückwirkenden Kraft ermangeln. Ich wiederhole, daß die Rechtsconsequenz dieß allerdings verlangt; nur müßte hinzugefügt werden, daß der Genehmigende immerhin obligatorisch gebunden sei, sich so behandeln zu lassen, als sei die Wirkung des jetzt abgeschlossenen Rechtsgeschäfts bereits früher eingetreten (§ 74 Note 6). Aber die Rechtsconsequenz wird meiner Ansicht nach überwunden durch die ausdrückliche Vorschrift der l. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16, wiederholt in l. 7 pr. C. ad SC. Mac. 4. 28 (c. 10 d. R. I. in VI° 5. 13), vgl. auch l. 3 C. si maior factus 5. 74, Nov. 162 c. 1 (nicht glossirt). Die herrschende Meinung geht zu leicht über diese Stellen hinweg, und auch L. Seuffert a. a. O. 122 fg. ist es nicht gelungen, die Beweiskraft namentlich der l. 25 C. cit. zu brechen. In dieser Stelle schreibt Justinian vor, daß die letztwillige Bestätigung einer Schenkung zwischen Ehegatten oder einer sonstigen wegen Unfähigkeit des Beschenkten nichtigen Schenkung die Schenkung von Anfang an gültig machen solle, wenn beim Abschlusse derselben die Form gewahrt sei, sonst nur von der Zeit der Bestätigung an. Dann fügt er hinzu: „sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt“. Das Wenigste, was aus diesen Worten entnommen werden muß, ist, daß Justinian eine jede Bestätigung überhaupt als Bestätigung, und nicht als Abschluß eines neuen Rechtsgeschäfts angesehen wissen will, so daß also z. B., wenn bei dem nichtigen Rechtsgeschäft die Form gewahrt worden ist, dieselbe bei der Bestätigung nicht wiederholt zu werden braucht. Es liegt nahe, den Versuch zu machen, ob sich nicht die genannten Worte so auslegen lassen, daß sie nur dieses sagen wollen, so daß also die

3. Ablauf der Zeit. Durch Ablauf der Zeit kann ein ungültiges Rechtsgeschäft insofern gültig werden, als die Berufung auf seine Ungültigkeit durch Rechtsvorschrift auf eine gewisse Zeit beschränkt sein kann. Eine solche Beschränkung tritt immer ein, wenn die Ungültigkeit durch einen gegen das Rechtsgeschäft ge-

---

rückwirkende Kraft der Bestätigung immer noch ausgeschlossen bliebe. Dafür läßt sich anführen, daß Justinian in l. 7 pr. C. ad SC. Mac. 4. 28 offenbar selbst seinen Ausspruch nur in diesem Sinne anwendet: die Genehmigung ist fähig, der früher vorgenommenen Handlung Wirkung zu verleihen, man darf nicht sagen, daß die Genehmigung unwirksam sei, weil sie ein juristisches Nichts vorfinde. Aber auch diese Auslegung scheitert, wie ich glaube, vollkommen an dem übrigen Inhalt der l. 25 C. cit. Denn der fraglichen allgemeinen Verfügung derselben geht unmittelbar vorher eine Bestimmung, welche der Bestätigung nicht Wirkung überhaupt, sondern Wirkung von der Zeit des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts an beilegt, und diese Bestimmung eben ist es, welche sie verallgemeinert. So unbefriedigend das Resultat ist, welches sich hieraus ergibt, so wenig kann es, wie ich glaube, beseitigt werden. Unbefriedigend ist das Resultat namentlich auch deßwegen, weil der Satz von der rückwirkenden Kraft der Bestätigung nun doch wieder nicht ohne Ausnahmen anerkannt werden kann. Denn auch abgesehen davon, daß durch die rückwirkende Kraft der Bestätigung Rechte, welche für Dritte in der Zwischenzeit entstanden sind, nicht beseitigt werden können, was sich von selbst versteht, geht aus der Stelle selbst hervor, daß die rückwirkende Kraft durch einen Formmangel des ursprünglichen Rechtsgeschäfts ausgeschlossen wird. Und ebensowenig läßt sich annehmen, Justinian habe bestimmen wollen, daß auch in denjenigen Fällen das Rechtsverhältniß rückwärts existent werden solle, wo das Recht demselben im Interesse der öffentlichen Ordnung seine Anerkennung versagt hatte, wie z. B. in den Fällen der l. 4 § 6 D. de off. proc. 1. 16, l. 65 § 1 D. de R. N. 23. 2, l. 6. 8 C. de nupt. 5. 4. Vgl. aus dem früheren Rechte noch l. 10 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 4 D. pro don. 41. 6. Gegen die herrschende Meinung hat sich neuerdings Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 156 fg. ausgesprochen, aber mit Berufung weniger auf die positive Bestimmung des römischen Rechts, als auf die Natur der Sache (nach dem Recht der Bedingung), was ich nicht für richtig halte. Für die herrschende Meinung Zimmermann stellvertretende Negotiorum Gestio S. 215, indem er geltend macht, daß Justinian nur bestimmen wolle, daß jede wirksame Genehmigung rückwärts wirke, nicht aber, daß jede Genehmigung als Genehmigung wirke. Mir scheint diese Auslegung, die übrigens auch Wächter vertritt, nahezu unmöglich. — Zu den Dritten, deren inzwischen erworbene Rechte durch die Bestätigung nicht beeinträchtigt werden können, muß bei Verträgen auch der andere Contrahent gerechnet werden, wenn er inzwischen zurückgetreten ist. Vgl. Seuff. Arch. XXV. 298.

richteten Angriff geltend gemacht werden muß; sie kommt vor auch bei nichtigen Rechtsgeschäften[11].

3. Einfluß eidlicher Bestärkung auf die Ungültigkeit*.

§ 83a.

Es ist noch die Frage zu beantworten, ob eine an und für sich ungültige Willenserklärung durch eidliche Bestärkung[1] gültig wird. Im Princip ist diese Frage zu verneinen[2]. Davon gibt es zwei sichere Ausnahmen[3]: der Eid macht gültig die Willenserklärungen geschlechtsreifer Minderjähriger[4] und die Zustimmung einer Ehefrau zur Veräußerung ihres unbeweglichen Dotalvermögens[5]. Viel weiter geht eine in der Doctrin und Praxis weit verbreitete Ansicht; dieselbe läßt durch den Eid alle Willenser-

[11] S. z. B. l. 3 C. si mai. factus 5. 74. Im Uebrigen s. die in Note 2 abgedruckte l. 29 D. de R. I. 50. 17.

* Glück IV § 341. Thibaut logische Auslegung § 61. Weber natürliche Verbindlichkeit § 118—123. Pfeiffer prakt. Ausführungen III. 9. Mühlenbruch Forts. von Glück XXXVIII S. 191 fg. Warnkönig Arch. f. civ. Pr. XXV S. 227—255. Wächter Württemb. Privatr. II S. 773, Sintenis II S. 306 und dazu Anm. 1, Vangerow I § 170, Puchta § 253, Arndts § 240 Nr. 1, Keller § 226, Savigny System VII S. 49—53. Stobbe III § 174 Nr. II.

[1] Erklärt sofort bei Abgabe der Willenserklärung oder nach derselben bei Fortdauer des Ungültigkeitsgrundes. § 83a.

[2] L. 7 § 16 D. de pact. 2. 14, l. 5 § 1 C. de legib. 1. 14.

[3] Das römische Recht machte noch eine fernere Ausnahme bei Verträgen, durch welche ein Freigelassener seinem Patron Dienste versprach, l. 7 pr. § 1 D. de op. lib. 38. 1, ep. Gaii II. 9 § 5. Die Ausnahme der l. 4 C. de rec. 2. 55 [56] ist durch Nov. 82 c. 11 wieder aufgehoben worden. Vgl. noch Mommsen röm. Staatsrecht I S. 202 Note 1.

[4] L. 1 C. si adv. vend. 2. 27 [28]. Die Glossatoren stritten darüber, ob dieses Gesetz sich nur auf anfechtbare (der Wiedereinsetzung unterworfene), oder auch auf nichtige Willenserklärungen beziehe. Durch ein Gesetz Friedrich I., welches im Codex als Auth. *Sacramenta puberum* hinter der angeführten Stelle steht, wurde der Streit zu Gunsten der letzteren Meinung entschieden. Vgl. Savigny Gesch. des röm. R. im Mittelalter IV S. 162 fg. Dernburg I § 121 Note 5 behauptet ohne Grund, daß diese Ausnahme durch StrGB. § 302 aufgehoben sei.

[5] C. 28 X. de iurei. 2. 24, c. 2 eod. in VI° 2. 11. Wenn das canonische Recht außerdem noch den Erbverzicht durch eidliche Bestärkung gültig werden läßt (c. 2 in VI° de pact. 1. 18), so ist derselbe nach heutigem Recht schon an und für sich gültig.

klärungen gültig werden, welche nicht durch die Gesetze geradezu verboten sind[6].

D. Wirkung der Rechtsgeschäfte.

1. Im Allgemeinen.

§ 84*.

Die Wirkung der Rechtsgeschäfte bestimmt sich durch den Inhalt des in ihnen erklärten Willens. Es ist die Aufgabe der Auslegung, diesen Willen festzustellen.

Die Auslegung hat auch hier, wie da, wo der Sinn von Rechtsbestimmungen festgestellt werden soll, auszugehen von dem Wortsinn, d. h. von demjenigen Sinne, welcher den gebrauchten Worten nach den Sprachregeln zukommt. Dabei ist aber Rücksicht zu nehmen nicht bloß auf den besonderen Sprachgebrauch des Ortes, an welchem die Willenserklärung abgegeben worden ist, sondern auch auf die individuelle Redeweise des Erklärenden[1].

---

[6] Man sieht in den genannten Entscheidungen des canonischen Rechts den Ausdruck eines allgemeinen Princips, und beruft sich dafür auf die Motivirung derselben (c. 28 cit.: „cum in alterius praeiudicium non redundent, nec observata vergant in dispendium salutis aeternae", ähnlich c. 2 in VI° de pact. 2. 18; vgl. auch c. 8 X. de iurei. 2. 24, c. 58 in VI° de R. I. 5. 13). Aber bei der großen Gefährlichkeit eines solchen allgemeinen Princips ist es höchst bedenklich, dasselbe ohne Anhalt in einer directen gesetzlichen Sanction als rechtsverbindliche Norm aufzustellen; auch hat man sich über die demselben zuzufügenden Beschränkungen im Einzelnen nie vereinigen können, vgl. namentlich Weber S. 537 fg. Gegen die Ausdehnung der Vorschriften sind von den angeführten Schriftstellern mit größerer oder geringerer Entschiedenheit: Weber, Pfeiffer, Mühlenbruch, Wächter, Puchta, Sintenis, Keller. Auch die neuere Praxis ist nicht mehr constant (s. Pfeiffer a. a. O., Seuff. Arch. II. 261 — gegen III. 53), so daß man die Frage auch nicht als durch ein Gewohnheitsrecht erledigt ansehen darf. Nur für den Fall der Intercession einer Frau, für welchen c. 9 X. de iurei. 2. 24 einen besonderen Anhalt gewährte, ist ein solches Gewohnheitsrecht wohl nicht zu bezweifeln (II. 486 Note 5).

* Wächter I § 81. Württemb. Privatr. II § 108, Böcking I § 117, Brinz 1. Aufl. § 358. Savigny Obligationenrecht II S. 189—195. Burckhard die civilistischen Präsumtionen S. 249—269. Leonhard Irrthum bei nichtigen Rechtsgeschäften S. 172 fg. Regelsberger in Endemann's Handb. des Handelsr. II S. 386 fg.

§ 84. [1] L. 21 § 1 D. qui test. 28. 1, l. 50 § 3 D. de leg. I° 30, l. 65 § 7, l. 69 § 1 D. de leg. III° 32, l. 18 § 3 D. de instr. 33. 7, l. 34 D. de R. I. 50. 17.

Ist der Wortsinn kein unzweifelhafter, so muß der wirkliche Sinn der abgegebenen Erklärung gefunden werden mit Rücksicht theils auf ihren übrigen unzweifelhaften Inhalt[2], theils auf den Werth des Resultates[3], vorzugsweise aber mit Berücksichtigung der Gesammtheit der Umstände, unter welchen das Rechtsgeschäft abgeschlossen worden ist. Führen auch diese Mittel nicht zum Ziele, so ist zu entscheiden für die mildere Auslegung[4] und zu Gunsten gewisser Rechtsverhältnisse, wohin außer der Dos[5] namentlich die letztwilligen Zuwendungen[6] gehören, sodann gegen denjenigen, dessen Pflicht es gewesen wäre, deutlicher zu reden, also bei Verträgen gegen denjenigen, von dem die Fassung des Vertrags oder der Vertragsbestimmung ausgegangen ist[7], endlich gegen denjenigen, welcher aus einem bestimmten Sinn der Willenserklärung Rechte herleitet[7a].

Von den zuvor erwähnten Mitteln darf aber nicht bloß zu dem Zwecke Gebrauch gemacht werden, um die Zweifel, welche der Wortsinn übrig läßt, zu beseitigen; sie berechtigen auch, bei

---

[2] L. 50 § 3 D. de leg. I° 30.

[3] L. 80 D. de V. O. 45. 1. „Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res qua de agitur in tuto sit". L. 67 D. de R. I. 50. 17. „Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipiatur, quae rei gerendae aptior est". L. 31 D. de evict. 21. 2. Seuff. Arch. III. 301.

[4] L. 56 D. de R. I. 50. 17. „Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt". L. 168 pr. l. 192 § 1 eod., l. 32 § 4 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Hierher gehört auch die Regel: „semper in obscuris quod minimum est sequimur", l. 9. 34 D. de R. I. 50. 17. Vgl. auch l. 47 D. de O. et A. 44. 7.

[5] L. 70 D. de I. D. 23. 3, l. 85 pr. D. de R. I. 50. 17; l. 2 D. de I. D. S. außerdem l. 176 D. de R. I.

[6] L. 12 D. de R. I. 50. 17. „In testamentatis plenius voluntates testantium interpretantur". L. 12 [13] D. de rub. dub. 34. 5, l. 12 § 2 i. f. D. de usu 7. 8.

[7] L. 38 § 18 l. 99 pr. l. 106 D. de V. O. 45. 1, l. 26 [27] D. de reb. dub. 34. 5. Seuff, Arch. I. 347, III. 324, XXV. 127. Wenn es in den Quellen heißt, daß Kauf- und Miethverträge gegen den Verkäufer und Vermiether ausgelegt werden sollen (l. 39 D. de pactis 2. 14, l. 21. 33 D. de contr. emt. 18. 1, l. 172 pr. D. de R. I. 50. 17), so ist das mit Maßgabe des im Texte Gesagten zu verstehen, vgl. auch l. 25 pr. l. 34 pr. D. de contr. emt. 18. 1. Seuff. Arch. XXVII. 90, XXXIX. 4. 88.

[7a] Es fehlt ihm die „probatio". Vgl. l. 30 D. de test. tut. 26. 2.

unzweifelhaftem Wortsinn im Gegensatz zu demselben den wahren Willen des Erklärenden zur Geltung zu bringen[8]. Natürlich genügt aber nicht eine bloße Wahrscheinlichkeit, daß der Erklärende etwas Anderes gemeint als gesagt habe[9]; und auch wenn dieß vollständig feststeht, ist doch immer noch erforderlich, daß seine Erklärung als ein irgend welcher Ausdruck seines wahren Willens angesehen werden könne[10].

Wenn gelehrt wird, daß die aufgestellten Grundsätze bei Verträgen eine Modification erleiden, und zwar dahin, daß es bei denselben nicht auf den wirklichen Sinn der Rede des Contrahenten, sondern darauf ankomme, wie sie der andere Contrahent nach den ihm vorliegenden Umständen auffassen mußte, und daß jeder Contrahent auf die Erklärung des anderen Contrahenten in dem Sinne, in welchem er sie auffassen mußte, ein Recht habe, so geht dieser Satz zu weit. Nur soviel ist richtig, daß, wenn gefragt wird, worauf ein Contrahent durch seinen Consens gebunden worden sei, hiebei von seiner Auffassung des Sinns der Erklärung des anderen Contrahenten ausgegangen werden muß; er hat sich nur auf denjenigen Willensinhalt binden wollen, welchen er in der Erklärung des anderen Contrahenten gefunden hat[11].

---

[8] L. 219 D. de V. S. 50. 16. „In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit. Cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locaverint, ut ad 'heredem' eius qui suscepit pertineret, ius heredum ad legatarium quoque transferri placuit". L. 3 C. de lib. praet. 6. 28: — „cum . . manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu exsistat". Seuff. Arch. VI. 324. HGB. Art. 278.

[9] L. 25 § 1 D. de leg. III° 32. „Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio". L. 69 pr. eod. „Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem".

[10] L. 7 § 2 D. de suppell. 33. 10. L. 3 D. de reb. dub. 34. 5: — „qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur".

[11] Den hier verworfenen Satz habe ich selbst in den früheren Ausgaben aufgestellt, in Anschluß an Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 72; ich habe ihn aber ausdrücklich zurückgenommen in dem § 75 Note 1a citirten Programm S. 37 fg. (Arch. f. civ. Pr. LXIII S. 107). Zu dem Satz bekennen sich natürlich auch alle diejenigen, welche die in § 75 bezeichnete Auffassung theilen, daß nämlich die Willensunwirklichkeit den Vertrag nur dann ungültig

Die eigene Auslegung des Erklärenden findet ihre Haupt-, wenn nicht ihre einzige Anwendung bei letztwilligen Verfügungen[12].

§ 85.

Der in einem Rechtsgeschäft erklärte Wille hat zum Inhalt entweder solche Punkte, welche die Wesenheit gerade dieses Rechtsgeschäfts ausmachen, so daß, wenn sie nicht gewollt wären, ein Rechtsgeschäft dieser Art nicht vorliegen würde; oder er hat zum Inhalt solche Punkte, welche das Rechtsgeschäft, wenn auch verträgt, doch nicht fordert — die Bestimmungen eines Rechtsgeschäfts sind entweder wesentliche Bestimmungen, oder sie sind unwesentliche oder Nebenbestimmungen[1].

---

mache, wenn sie dem andern Vertragschließenden erkennbar geworden sei. Man hat sich im Besonderen auf l. 110 § 1 D. de V. O. 45. 1 in Verbindung mit l. 6 D. de auro 34. 2 berufen. Mit Unrecht. In dem Falle der l. 110 § 1 cit. geht das Vertragsanbieten von demjenigen aus, welcher Gläubiger werden will, und der Gegner hat keinen Grund, anzunehmen, daß der Anbietende die von ihm gebrauchten Worte in anderem Sinn verstanden habe, als in ihrem gewöhnlichen Sprachsinn. In diesem Sinne acceptirt er das Vertragsanbieten; will er ihm einen andern Sinn beilegen, so muß er dieß sagen. L. 99 pr. de V. O.: — „nec rursum promissor ferendus est, si eius intererit, de certis potius vasis forte aut hominibus actum". S. auch l. 12 D. de transact. 2. 15. Vgl. Mommsen Erörter. II S. 96. 104; andererseits namentlich Hartmann Jahrb. f. Dogm. XX S. 50, Leonhard Irrthum S. 183. 374. S. übrigens auch Lotmar krit. VJSchr. XXV S. 409.

[12] Vgl. l. 21 § 1 D. qui test. 28. 1, l. 96 D. de R. I. 50. 17; l. 12 D. de transact. 2. 15. — Außerdem darf nach dem zu Note 10 Bemerkten die eigene Auslegung in die Worte nichts hineintragen, welches dieselben auszudrücken entschieden unfähig sind. Man sieht also, wie sehr sich die eigene Auslegung der Rechtsgeschäfte von der authentischen Auslegung der Gesetze unterscheidet; die letztere ist schlechthin bindend.

[1] Dem Kaufvertrage z. B. ist wesentlich die Bestimmung, daß der Käufer § 85.
eine Sache für sich haben solle gegen Zahlung eines Kaufpreises, unwesentlich die Bestimmung, daß das Kaufgeld vom Abschluß des Kaufvertrages an verzinst werden solle. Die einem Rechtsgeschäft wesentlichen Bestimmungen pflegt man essentialia negotii zu nennen, die unwesentlichen accidentalia. Wenn man als drittes Glied der Eintheilung die naturalia negotii hinzufügt, worunter man diejenigen Wirkungen des Rechtsgeschäfts versteht, welche das Recht an dasselbe anknüpft, auch ohne daß sie besonders ausgemacht sind (vgl. l. 11 § 1 D. de A. E. V. 19. 1: — „quodsi nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate"), so liegt der Vorwurf gegen diese althergebrachte Eintheilung nahe, daß sie Gewolltes

Die dem erklärten Willen nach seinem Inhalt an und für sich zukommende Wirkung kann von dem wollenden Subject selbst beschränkt werden[2] durch Hinzufügung einer Bedingung, Befristung, Voraussetzung. Hiervon muß im Folgenden näher gehandelt werden.

2. Selbstbeschränkungen der Wirkungen der Rechtsgeschäfte*.

a. Bedingung**.

a. Begriff und Arten.

§ 86.

Bedingung in dem hierher gehörigen Sinn[1] ist die bei einer Willenserklärung gemachte Hinzufügung des Inhalts, daß die als gewollt bezeichnete rechtliche Wirkung nur bei Vorhandensein

---

und Nichtgewolltes zusammenstelle. Diesem Vorwurf läßt sich nur in der Weise begegnen, daß man sagt, das Recht bringe in der Ordnung jener naturalia negotii wenn auch nicht den wirklichen (bewußten), doch den eigentlichen Willen der Parteien zur Geltung, spreche nur aus, was die Parteien selbst ausgesprochen haben würden, wenn sie gerade diesen Fall in den Bereich ihrer Festsetzung gezogen hätten. Vgl. oben § 22 und Arndts § 65 Anm. 1, Brinz 1. Aufl. S. 1505 fg., Wächter I S. 95, Bülow Arch. f. civ. Pr. LXIV S. 84 Note 50, Leonhard Irrthum S. 221 fg., Lotmar krit. VJSchr. XXV S. 419, Bechmann Kauf II S. 57 fg.

[2] Vgl. in Betreff dieser Kategorie (Selbstbeschränkung der Wirkung des Willens) Savigny III S. 99. 130. 220, Fitting Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 307, Voigt condictiones ob causam S. 518. 709, v. Scheurl in der vor § 86 unter * citirten Schrift S. 3, Eisele Arch. f. civ. Pr. L S. 262 fg., Brinz 1. Aufl. S. 1515, Wendt in der vor § 86 bei ** citirten Schrift S. 1 und Neuerecht und Gebundenheit (1878) S. 25 fg., Wächter I S. 366, Dernburg I S. 116 Note 4.

* v. Scheurl zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften (der Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts 2. Band 2. Heft). Erlangen 1871. Karlowa das Rechtsgeschäft und seine Wirkungen S. 76—115.

** Dig. 35. 1 de condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur. 28. 7 de condicionibus institutionum. Cod. 6. 25 de institutionibus vel substitutionibus seu restitutionibus sub condicione factis. 6. 46 de condicionibus insertis tam legatis quam fideicommissis et libertatibus. 8. 54 [55] de donationibus quae sub modo vel ex certo tempore conficiuntur. — Für die Schreibart *condicio* spricht die Autorität der Inschriften und der ältesten Handschriften. S. Fleckeisen Fünfzig Artikel aus einem Hülfsbüchlein für lateinische Rechtschreibung (1861) S. 14. — Savigny III § 116—124, Müh-

eines gewissen Umstandes eintreten solle, und zwar wird sowohl diese Bestimmung selbst, als der Umstand, auf welchen sie gestellt ist, Bedingung genannt[2]. Wenn aber hier von einer bei der Willenserklärung gemachten Hinzufügung die Rede ist, so darf das nicht so gedacht werden, als hätte dieselbe der Willenserklärung gegenüber ein Dasein für sich; sie bildet vielmehr mit derselben ein ununterschiedenes Ganze[3]. Die bedingte Willenserklärung ist eine einige, sie ist nicht die Erklärung eines ersten und dann eines zweiten Willens, sondern die Erklärung eines so und so geeigenschafteten, eines bedingten Willens[3a]. Deßwegen

lenbruch in der Fortsetzung von Glücks Commentar XLI S. 45—276, Wächter II § 92—96, Sintenis I § 20, Unger II § 82. O. H. Wendt die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft. 1872. Fr. Adickes zur Lehre von den Bedingungen. 1876.

[1] Im weiteren Sinne bezeichnet der Ausdruck jede bei einem Rechtsgeschäft getroffene Bestimmung. So auch das römische Wort condicio, vgl. z. B. l. 10 § 1 D. de leg. Rhodia 14. 2, l. 1 D. de in diem add. 18. 2. § 86.

[2] Auch in dieser Beziehung gilt das Gleiche von dem römischen Ausdruck condicio.

[3] Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV S. 248, Windscheid die Wirkung der erfüllten Bedingung (Basel 1851) S. 24, Fitting Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 308. 309, Unger II § 82 Note 3. Es ist nicht leicht, dieses Verhältniß in der Definition der Bedingung auf unzweideutige Weise zu bezeichnen, und so ist es am Sichersten, vor dem Mißverständniß ausdrücklich zu warnen. Uebrigens scheinen Huschke, Fitting und Unger zu weit zu gehen, wenn sie sich mit Lebhaftigkeit dagegen erklären, daß die Bedingung eine Nebenbestimmung der Willenserklärung genannt werde; muß unter Nebenbestimmung einer Willenserklärung nothwendigerweise ein für sich bestehender Theil derselben verstanden werden? S. jetzt auch Arndts § 65 Anm. 2, Unger Oesterr. Erbrecht § 16 Anm. 3, Scheurl S. 2. 84, Brinz 1. Aufl. S. 1515; andererseits Adickes S. 21.

[3a] Die bedingte Willenserklärung ist die Erklärung eines besonders geeigenschafteten Willens. Seine besondere Eigenschaft besteht in der Abschwächung seiner Intensität, seiner Kraft. Er schafft nicht als solcher, sondern nur in Verbindung mit einem gewissen Umstande. Aber deßwegen ist die bedingte Willenserklärung nicht weniger die Erklärung eines wirklichen und gegenwärtigen Willens. Das von der Bedingung Abhängige ist nicht die Existenz des Willens, sondern die Existenz der durch denselben zu erzielenden Wirkung, nicht das Wollen, sondern das Gewollte. Doch gehen die Ansichten über das Wesen der bedingten Willenserklärung sehr auseinander. 1) Eine sehr verbreitete Ansicht nimmt an, daß es allerdings die Existenz des Willens sei, welche durch die Bedingung in Frage gestellt werde. Arndts § 66, Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV S. 248. 249, Fitting Arch. f. civ. Pr.

trifft auch, wenn darüber gestritten wird, ob der Willenserklärung eine Bedingung hinzugefügt worden sei oder nicht, die Beweislast den sich auf die Willenserklärung Berufenden [4].

XXXIX S. 337. 349, Unger II S. 56. 57 und VI § 16 Anm. 3, Rudorff zu Puchta § 59. a, Bruns in v. Holtzendorff's Encycl. I S. 280 (4. Aufl. S. 421), ich selbst früher: Voraussetzung S. 2. 44. 143. Gegen diese Auffassung habe ich mich seit der 1. Aufl. erklärt; ich bin auch jetzt noch der gleichen Ansicht. Die Frage ist die: was wird durch die Bewegung des Willensvermögens, welche bei der bedingten Willenserklärung vor sich geht, geschaffen? Ich sage: ein Wille, nur ein in seiner Wirksamkeit einstweilen gehemmter Wille — die Erzeugungskraft für die in der Willenserklärung bezeichnete rechtliche Wirkung, nur in einem einstweilen gebundenen Zustand. Meine Gegner sagen: jene Bewegung des Willensvermögens schafft einen Willen, eine Erzeugungskraft, nicht sofort, sondern erst in Zusammenwirkung mit einem gewissen Umstand. Nun liegt es aber auf der Hand, daß sie doch Etwas schaffen muß, weil sonst der später eintretende Umstand nichts vorfände, was er zur erzeugenden Kraft erheben könnte — da ja die Bewegung des Willensvermögens nicht fortdauert —: und was ist es denn, was sie schafft? Ich wüßte nicht, wie man es anders nennen wollte, als eben Wille. Und so auch Arndts: „der in einem Rechtsgeschäft sich bethätigende Wille kann das Wollen des Rechtserfolges, auf welchen er gerichtet ist, . . von irgend einer Thatsache abhängig machen". Ein Wille, welcher das Wollen abhängig macht! Nach Unger ist in der bedingten Willenserklärung zwar ein Sichsetzen des Willens enthalten, aber ohne das Resultat sofortigen Gesetztseins; das Gesetztsein hängt ab von dem Eintritt der Bedingung. 2) Andere gestehen zwar zu, daß in der bedingten Willenserklärung wirklich und gegenwärtig gewollt sei, halten aber andererseits daran fest, daß für den Fall des Ausfalls der Bedingung nicht gewollt sei. Dieses Verhältniß suchen sie sich in verschiedener Weise zurechtzulegen. a) Es wird ein doppelter Wille angenommen, ein auf Sein für den Fall des Eintritts, und ein auf Nichtsein für den Fall des Nichteintritts der Bedingung gerichteter. So Adickes a. a. O. S. 17 fg. (vgl. Karlowa S. 80 in der Note, übrigens auch unten § 89 Note 13a). (Für diese Auffassung war in den früheren Auflagen auch Fr. Hofmann die Lehre vom titulus und modus acquirendi etc. S. 102 Note 90 citirt; daselbst ist aber nicht von einem doppelten Willen, sondern von einem doppelten Willensinhalt die Rede.) b) Brinz 1. Aufl. S. 1443 fg. lehrt: ob (gegenwärtig) ein Wille vorhanden ist, oder nicht, entscheidet die Zukunft; tritt die Bedingung ein, so ist (zur Zeit der Abgabe der Willenserklärung) ein Wille vorhanden, tritt sie nicht ein, so ist ein Wille nicht vorhanden: der Wille ist nicht ohne den Eintritt der Bedingung, aber, wenn sie eintritt, vor ihr. Ebenso Schulin über Resolutivbedingungen und Endtermine S. 1 fg. 3) Nach der Ansicht von Hölder krit. VJSchr. XVIII S. 175 kommt in der bedingten Willenserklärung zwar ein gegenwärtiger Wille zum Ausdruck, dieser Wille soll aber nicht gerichtet sein auf das Eintreten einer rechtlichen Wirkung, sondern lediglich auf die

Die Willenserklärung, welcher die Bedingung hinzugefügt wird, kann den verschiedensten Inhalt haben. Sie kann auf Begründung, Aufhebung, Veränderung eines Rechtsgeschäfts gerichtet

---

Erklärung; der durch die Erklärung zum Ausdruck gebrachte Wille dagegen sei ein zukünftiger Wille, es werde durch die Erklärung das „Urtheil" abgegeben, daß bei Eintritt der Bedingung ein auf die Erzeugung der rechtlichen Wirkung gerichteter Wille vorhanden sein werde; ob derselbe vorhanden sein werde, stehe nun zwar dahin, dieß sei aber auch gleichgültig, da der Erklärende verbunden sei wegen der durch seine Erklärung bei einem Andern erregten Erwartung. Vgl. § 75 Note 1a und Karlowa S. 79 in der Note. 4) Die Ansicht, daß das Wesen der bedingten Willenserklärung in dem Abhängigmachen der gewollten rechtlichen Wirkung bestehe, wird, im Einzelnen noch in verschiedenen Wendungen, namentlich von folgenden Schriftstellern vertreten: Savigny III § 116, Böcking I § 111, Schönemann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIX S. 1 fg., Eisele Arch. f. civ. Pr. L S. 260 fg., Römer bedingte Novation S. 82 fg., Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 168 fg., Wendt S. 3 fg. (vgl. in Betreff der beiden zuletzt Genannten § 89 Note 13a), v. Liebe der Besitz als Recht in thesi S. 124 fg., Hofmann a. a. O., Pfaff und Hofmann Commentar zum österr. Gesetzbuch II S. 543 fg. Daß dieses Abhängigmachen als eine Schwächung der Intensität des Willens zu denken sei, nimmt mit mir Eisele a. a. O. an. 5) Im Wesentlichen die gleiche, wie die unter Nr. 4 bezeichnete, ist die Ansicht von Karlowa S. 76 fg. Der Unterschied ist nur der, daß dieser Schriftsteller die Wirkung des Rechtsgeschäfts von dem Eintritt der Bedingung nicht „principaliter", sondern erst „per consequentiam" abhängig sein läßt, principaliter vielmehr die Grundlage und Ursache dieser Wirkung, die „Existenz" oder den „Bestand" des Rechtsgeschäfts (vgl. § 73 Note 16b und § 82 Note 2), und daß er annimmt, die Bedeutung des Eintritts der Bedingung für diese „Existenz" sei nicht, sie erst zu erzeugen, sondern zu entscheiden, daß sie von Anfang an vorhanden gewesen sei, wobei er ausdrücklich hervorhebt, daß dieses Letztere eben nur für die „Existenz" des Rechtsgeschäfts, nicht aber für das Wollen des Urhebers des Rechtsgeschäfts gelte, nicht für die Thatsache des Wollens, sondern für die rechtliche Qualification des Wollens. Es leuchtet nicht ein, was durch diese künstliche Construction für unsere Frage gewonnen wird. 6) Nicht zu billigen ist auch die Formulirung derjenigen, welche als das durch die Bedingung abhängig Gemachte die Existenz des Rechtsgeschäfts (im gewöhnlichen Sinne des Wortes) bezeichnen (sie findet sich z. B., jedoch neben Anderem, bei Puchta § 59, Wächter I S. 365. Württemb. Privatr. II S. 689. 690). Wenngleich diese Formulirung nicht ohne Anhalt in den Quellen ist (s. z. B. § 1 I. de emt. 3. 23, l. 19 D. de H. v. A. V. 18. 4, l. 2 § 2 D. pro emt. 41. 4, l. 5 C. de per. et comm. 4. 48), so ist es doch unleugbar wahr: a) daß das bedingte Rechtsgeschäft jedenfalls factisch existirt; b) daß ihm auch rechtliche Anerkennung und rechtliche Wirksamkeit nicht fehlt, wenngleich es die gewollte rechtliche Wirksamkeit noch nicht erzeugt hat (§ 89).

sein. Sie kann namentlich auch gerichtet sein auf Wiederaufhebung des durch eine andere gleichzeitige Willenserklärung erzeugten Rechtsverhältnisses. In diesem letzteren Falle spricht man von einer auflösenden (Resolutiv-) Bedingung, während man in jedem anderen Falle die Bedingung eine aufschiebende (Suspensiv-) Bedingung nennt[5]. In der That ist es aber in dem genannten Falle nicht die Bedingung, welche auflöst, sondern die Willenserklärung, welcher die Bedingung hinzugefügt ist; die s. g. auflösende Bedingung ist genauer betrachtet eine auf Wiederaufhebung der Wirkungen der Hauptwillenserklärung gerichtete aufschiebend bedingte Nebenwillenserklärung[6].

[4] Eine viel verhandelte Controverse. Die Beweislast trifft den sich auf die Willenserklärung Berufenden nicht deßwegen, wie man gesagt hat, weil in der Behauptung der Bedingtheit ein Leugnen der Existenz der Willenserklärung liegt, was eben nicht wahr ist (s. Note 3a), sondern weil, wer die Willenserklärung zugibt, aber ihre Bedingtheit behauptet, in der Wirklichkeit nicht die eine Thatsache zugibt und eine andere behauptet, sondern Eine Thatsache zugibt bez. behauptet, die Erklärung eines bedingten Willens, welche Thatsache, eben weil sie nur Eine ist, der Gegner nicht auseinanderreißen darf. In diesem Sinne ist die Frage entschieden in einem Erkenntniß der Juristenfacultät zu Greifswald, welches in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt V S. 3—13 (mit zahlreichen Druckfehlern!) abgedruckt ist (s. auch Seuff. Arch. XIV. 173 a. E.). Daselbst ist auch die weitschichtige Literatur angegeben; andere Nachweisungen bei Unger § 129 Note 39, Seuffert Pand. 4. Aufl. § 87 Note 3, Vangerow I § 163, Wetzell Civilproc. § 19 Note 13. Aus der neueren Zeit: O. Schönemann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIX S. 243 fg. (1862), Pöschmann über die Natur des s. g. qualificirten Geständnisses und dessen Einfluß auf die Beweislast (1863), Arndts krit. VJSchr. V S. 13 fg. (1865), Bolgiano Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XXII S. 329 fg. (1865), Scheurl S. 329 fg., Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 170 (1871). Wendt a. a. O. S. 49, Römer Arch. f. civ. Pr. LXII S. 164 (1879). Aus der Praxis: Seuff. Arch. II. 330, IV. 32, VIII. 311, X. 300, XII. 203, XIII. 189, XIV. 173. 252, XVII. 108. 294, XVIII. 236, XXV. 81, XXXVI. 7. 186, XXVIII. 256, XXX. 283, XXXII. 83. 361, XXXIV. 76, vgl. III. 222, V. 239, XV. 249; I. 370, II. 330, VIII. 311, XIV. 173 z. A., XVIII. 57, XXV. 280, XXXI. 287.

[5] Die quellenmäßige Ausdrucksweise, auf welche die gewöhnlich gebrauchten Bezeichnungen Suspensiv- und Resolutivbedingung zurückweisen, sind: negotium condicione suspenditur (z. B. l. 5 C. de per. et comm. 4. 48, l. 25 C. de don. 8. 53 [54]) — negotium sub condicione resolvitur (s. die folgende Note).

[6] Dieß ist die Auffassung der auflösenden Bedingung, welche nach dem Vorgang von Thibaut civilistische Abhandlungen S. 359 fg., im Einzelnen

§ 87.

Der Umstand, auf welchen die Bedingung gestellt ist, kann ein thatsächlicher, er kann auch ein rechtlicher sein, z. B. wenn ich Eigenthümer einer bestimmten Sache werden sollte.

Er kann ein positiver oder negativer sein, nicht nur ein Sein

---

mit Abweichungen, vertreten wird von Arndts § 67 Anm. 2, Scheurl S. 110 fg., Czyhlarz zur Lehre von der Resolutivbedingung S. 23 fg., Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 544 fg., Köppen das. 190 fg., Schulin über Resolutivbedingungen und Endtermine S. 37 fg., Adickes S. 35 fg., Karlowa S. 94 fg., Pfaff und Hofmann Commentar zum österr. Gesetzbuch II S. 548 fg., wohl auch von Bechmann Kauf II S. 487 fg., nur daß dieser Schriftsteller nicht von Resolutivbedingung, sondern nur von einem resolutiven Vorbehalt geredet wissen will. Dieser Auffassung steht eine andere gegenüber, nach welcher auch die auflösende Bedingung der Willenserklärung, welcher sie hinzugefügt ist, inhärirt, wie die aufschiebende, und mit ihr eine Einheit bildet; was dann näher entweder so gedacht wird, daß die auflösend bedingte Willenserklärung die rechtliche Wirkung, welche sie schaffe, als eine nicht vollkräftige schaffe, so daß dieselbe einem gewissen Ereigniß gegenüber keine Widerstandskraft habe, — oder so, daß die Willenserklärung, indem sie das Wollen ausspreche, zu gleicher Zeit das Gewollthaben wieder in Frage stelle, welche letztere Auffassung in consequenter Entwicklung dazu führt, den Unterschied zwischen der auflösenden und aufschiebenden Bedingung ganz zu leugnen, wie das wirklich thun Salkowski Novation S. 442 fg. und theilweise Wendt Reuverträge S. 45 fg. (vgl. § 89 Note 1). Im Uebrigen vgl. Windscheid Wirkung der erfüllten Bedingung S. 24, Unger II § 82 Note 30. 30a, Brinz 1. Aufl. S. 1469 fg., Wendt in der in Note** citirten Schrift S. 2. 3, Römer Arch. f. civ. Pr. LXII S. 164 fg. Welches die Auffassung der Quellen sei, kann doch kaum zweifelhaft sein. Den Quellen ist das Rechtsgeschäft, welchem eine auflösende Bedingung hinzugefügt ist, gar kein bedingtes, unter einer Bedingung abgeschlossenes Rechtsgeschäft; es ist ihnen ein unbedingtes Rechtsgeschäft, welches „sub condicione resolvitur". Stellen wie l. 2. 4 pr. D. de in diem add. 18. 2, l. 1 D. de lege comm. 18. 3, l. 2 § 3. 4 D. pro emt. 41. 4 lassen nicht den mindesten Zweifel; in l. 2 § 3 cit. heißt es ausdrücklich: — „sed videamus, *utrum condicio sit hoc an conventio*"? Vgl. auch l. 44 § 2 D. de O. et A. 44. 7, wo die auflösende Bedingung eine Bedingung genannt wird, „quae *post perfectam obligationem* ponitur". Wer übrigens diese Auffassung bestreitet, muß nach dem in Note 4 Gesagten auch behaupten, daß die Berufung auf eine auflösende Bedingung nicht zum Beweise verpflichte. So wirklich H. Seuffert krit. VJSchr. V S. 355–358, Bekker Aktionen II S. 290, Römer a. a. O. Auch Pöschmann (Note 4) ist im Princip der gleichen Ansicht und legt dem Beklagten die Beweislast nur aus processualischen Gründen auf. Dagegen Seuff. Arch. XXVI. 7 (RObG.).

oder Geschehen, sondern auch ein Nichtsein oder Nichtgeschehen[1]. Danach theilt man die Bedingungen selbst ein in positive oder affirmative und in negative.

Der Umstand, auf welchen die Bedingung gestellt ist, kann entweder in der Vergangenheit liegen, oder in der Gegenwart, oder in der Zukunft. Liegt er in der Vergangenheit oder Gegenwart, so ist sein Sein oder Nichtsein, und damit das Sein oder Nichtsein der gewollten rechtlichen Wirkung, objectiv sogleich völlig sicher, sollte auch bei Abgabe der Willenserklärung darüber subjectiv noch eine Ungewißheit bestehen[2]. Liegt er in der Zukunft,

---

§ 87. [1] L. 7 pr. l. 67 D. de cond. 35. 1.

[2] § 6 I. de V. O. 3. 15, l. 37—39 D. de R. C. 12. 1, l. 100. 120 D. de V. O. 45. 1. § 6 I. cit. „Condiciones, quae ad praeteritum vel ad praesens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt, veluti 'si Titius consul fuit', vel 'si Maevius vivit', dare spondes?' Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio; sin autem ita se habent, statim valet. Quae enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint". Man darf nicht sagen, daß auch das Sein oder Nichtsein eines zukünftigen Umstandes objectiv sogleich sicher sei, da, wie auch die Zukunft sich gestalte, sie eben so sich habe gestalten müssen; es kommt darauf an, ob „quantum in natura hominum sit, possit sciri", l. 38 D. de R. C. 12. 1. Doch ist dieser letztere Ausdruck in anderer Beziehung nicht genau. Denn möglicherweise kann auch das Wissen von einem gegenwärtigen Umstand durch „hominum natura" ausgeschlossen sein (z. B. ob ein im Mutterleib befindliches Kind männlichen oder weiblichen Geschlechts ist); deßwegen ist das Sein oder Nichtsein dieses Umstandes und damit das Sein oder Nichtsein der von ihm abhängig gemachten rechtlichen Wirkung nicht weniger objectiv sogleich völlig sicher. Es tritt jetzt für das gewollte Rechtsverhältniß ein factischer Schwebezustand ein, aber kein rechtlicher, und deßwegen geht z. B. das unter einer solchen Bedingung hinterlassene Vermächtniß auf die Erben über, wenn sich auch erst nach dem Tode des Vermächtnißnehmers die Erfüllung der Bedingung herausstellt (vgl. § 89 Note 8). Vgl. über die verschiedenen Auffassungen Fitting Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 326 fg., Scheurl S. 103 fg., Ennecerus über Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung (Göttingen 1871) S. 99 fg. (Man hat für die Auffassung, daß in dem bezeichneten Fall das gewollte Rechtsverhältniß sich in einem rechtlichen Schwebezustand befinde, l. 28 § 5 D. de iud. 5. 1 und l. 36 D. de solut. 46. 3 analogisch verwerthen wollen; aber dieß ist bedenklich, da in dem Fall dieser Stellen die Entscheidung erst durch die Zukunft gebracht wird [es ist mögl ch Fehl- oder Todtgeburt], und der jetzt vorhandene Zustand es nur sicher macht, daß in einer gewissen Weise die Entscheidung nicht fallen wird. S. andererseits auch l. 30 § 6 D. de A. v. O. H. 29. 2, und vgl.

so ist eine objective Ungewißheit möglich, freilich nicht nothwendig. Sie ist auch in diesem Falle dann nicht vorhanden, wenn der Umstand, auf welchen die Bedingung gestellt ist, nothwendigerweise eintreten muß[3], oder unmöglicherweise eintreten kann[4] (s. g. nothwendige und unmögliche Bedingungen[5]). Nur diejenige Bedingung, in Folge deren ein Zustand objectiver Ungewißheit vorhanden ist, erzeugt eine ihr eigenthümliche rechtliche Wirkung; das Verhältniß, welches bei einer sogleich entschiedenen Bedingung stattfindet, kann auch ohne Bedingung vorhanden sein. Dieser Umstand erscheint als so wichtig, daß es von den Bedingungen, welche einen Zustand objectiver Ungewißheit nicht hervorrufen, heißt, sie seien eigentlich keine Bedingungen[6].

über diese Stellen Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 171 fg., Krieg Delation einer Erbschaft im Falle einer Todtgeburt S. 35 fg.)

[3] L. 79 pr. D. de cond. 35. 1. „'Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato'. Purum legatum est, quia non condicione, sed mora suspenditur; non potest enim condicio non existere". L. 9 § 1 D. de nov. 46. 2. „Qui sub condicione stipulatur, quae omnimodo exstatura est, pure videtur stipulari". Nothwendig ist auch das Nichtgeschehen des Unmöglichen, l. 7. 8 D. de V. O. 45. 1, § 11 i. f. I. de inut. stip. 3. 19, l. 20 pr. D. de cond. inst. 28. 7. Die Nothwendigkeit kann auch eine juristische sein, l. 20 pr. cit.

[4] § 11 I. de inut. stip. 3. 19. „Si impossibilis condicio obligationibus adiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem condicio habetur, cui natura impedimento est, quo minus existat, veluti si quis dixerit 'si digito coelum attigero, dare spondes'". Auch die Unmöglichkeit kann nicht bloß auf einem Naturgesetz, sondern auch auf einer Rechtsvorschrift beruhen, l. 137 § 6 D. de V. O. 45. 1. Unmöglich ist auch das Nichtgeschehen des Nothwendigen.

[5] Die Quellen nennen incorrect impossibilis condicio auch die auf das Nichtgeschehen des Unmöglichen gestellte Bedingung, obgleich dieses Nichtgeschehen nothwendig ist. L. 51 [50] § 1 D. de her. inst. 28. 5, l. 20 pr. D. de cond. inst. 28. 7, l. 7 D. de V. O. 45. 1. Neuere Schriftsteller gebrauchen dafür den Ausdruck negativ unmögliche Bedingungen. Vgl. Arndts Beiträge I S. 163—169, Wächter I S. 369.

[6] L. 39 D. de R. C. 12. 1. „Itaque tunc potestatem condicionis obtinet, cum in futurum confertur". L. 10 § 1 D. de cond. inst. 28. 7: — „cum nulla sit condicio, quae in praeteritum confertur vel in praesens". L. 79 pr. D. de cond. 35. 1, l. 100. 120 D. de V. O. 45. 1, l. 9 § 1 D. de nov. 46. 2 (die erste und die vierte Stelle abgedruckt in Note 3). Damit soll aber nicht gesagt sein, daß die Willenserklärung unter einer uneigentlichen Bedingung in aller und jeder Beziehung einer unbedingten gleich-

In einem andern Sinn ist diejenige Bedingung keine eigentliche, welche auf einen Umstand gestellt ist, der zum Dasein der gewollten rechtlichen Wirkung erforderlich ist auch ohne daß er zur Bedingung erhoben wird[7]. Wenngleich in diesem Fall ein Zustand objectiver Ungewißheit stattfindet, so hat doch derselbe seinen Grund nicht in der Bedingung, sondern ist mit der Willenserklärung von selbst gegeben[8].

---

stehe, s. § 95 Note 3. — Fitting (Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 350 fg.) will den Begriff der eigentlichen und uneigentlichen Bedingung anders gefaßt wissen; eigentliche Bedingung sei jede auf die Zukunft gestellte Bedingung, ohne Ausnahme der nothwendigen und unmöglichen (und der s. g. condicio iuris, s. die folgende Note). Er hat die Quellen gegen sich (in l. 39 de R. C. 12. 1 bildet die Bedingung, welche „in futurum conferturn" den Gegensatz zu der Bedingung, durch welche „stipulatio non suspenditur", l. 37 eod.), und die Natur der Sache nicht für sich. Die besonderen Wirkungen, welche Fitting dem, was er eigentliche Bedingung nennt, beilegt (a. a. O. S. 347. 348), sind, abgesehen davon, daß sie zum Theil nicht begründet sind, von verschwindender Bedeutung gegenüber der suspendirenden Kraft der Bedingung. Will man aber überhaupt zwischen eigentlicher und uneigentlicher Bedingung unterscheiden, so soll man die Grenze entweder da machen, wo die Bedingung überhaupt anfängt irgendwie rechtlich in Betracht zu kommen, oder da, wo ihre Hauptbedeutung liegt. Gegen die ganze Unterscheidung erklärt sich Unger System II S. 58 fg. Oesterr. Erbr. § 16 Anm. 6, unter Zustimmung von Arndts § 66 Anm. 11, ferner Adickes S. 53 fg. Gegen Fitting Arndts a. a. O., Vangerow I § 93 Anm. 1; gegen Fitting und Unger Ennecerus a. a. O. S. 113 fg. Vgl. auch Scheurl S. 100 fg., Pfaff u. Hofmann Commentar zum österr. Gesetzbuch II S. 545 fg.

[7] Z. B. Verleihung eines Rechts an einer noch nicht existirenden Sache unter der Bedingung, daß sie existent werde; Vermächtniß unter der Bedingung, daß der Eingesetzte Erbe werde. Insofern von einem solchen Umstande das Dasein der gewollten rechtlichen Wirkung immerhin abhängig ist, wird er in den Quellen condicio auch dann genannt, wenn er in der Willenerklärung nicht ausdrücklich zur Bedingung gemacht worden ist; es ist eine „condicio quae inest tacite", „quae extrinsecus venit" (nicht aus der Willenserklärung), l. 1 § 3 l. 99 D. de cond. 35. 1, l. 6 § 1 l. 25 § 1 D. quando dies 36. 2, l. 21. 68 D. de I. D. 23. 3. Die Neueren gebrauchen für Bedingungen dieser Art, mögen sie ausgedrückt sein oder nicht, mit Vorliebe den Ausdruck condicio iuris (vgl. l. 43 § 10 D. de aed. ed. 21. 1, l. 21 D. de cond. 35. 1). Literatur: Vangerow I § 93 Anm. 2, Czyhlarz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX S. 291 Anm. 10, Scheurl S. 93 fg., Eisele Arch. f. civ. Pr. LIV S. 109 fg., Ennecerus a. a. O. S. 122 fg., Wendt das bedingte Forderungsrecht (1873) S. 15 fg.

[8] Die Bedingung enthält bloß „figuram", nicht „vim quoque condi-

β. Wirkung der Bedingung*.

aa. Im Allgemeinen.

§ 88.

Die Wirkung der Bedingung ist im Allgemeinen durch die Angabe ihres Begriffes bereits bezeichnet. Die Wirkung der Bedingung ist die, daß sie das Eintreten der Rechtswirkung, auf welche die Willenserklärung gerichtet ist, abhängig macht von ihrer Erfüllung. Dieß gilt in gleicher Weise von der auflösenden, wie von der aufschiebenden Bedingung; nur ist die von der Erfüllung der auflösenden Bedingung abhängige Rechtswirkung eben die Wiederauflösung der durch das Hauptgeschäft erzeugten Wirkung.

Ist nun die Erfüllung[1] der Bedingung sogleich sicher, so tritt auch die Wirkung der Willenserklärung sogleich ein; dieselbe ist gleich einer unbedingten. Bei der auflösenden Bedingung tritt

---

cionis", l. 70 [69] D. de her. inst. 28. 5. L. 22 § 1 D. quando dies 36. 2. „Quaedam autem condiciones etiam supervacuae sunt, veluti si ita scribat: 'Titius heres esto; si Titius hereditatem meam adierit, Maevio decem dato'. Nam pro non scripto ea condicio erit, ut omnimodo ad heredem Maevii legatum transeat, etiamsi Maevius ante aditam hereditatem decesserit". L. 107 D. de cond. 35. 1, l. 2 D. de cond. inst. 28. 7, l. 70 [69] D. de her. inst. 28. 5 (cf. l. 65 § 1 D. de leg. I° 30, l. 69 D. de cond. 35. 1). — Fitting (Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 312) behauptet, jede stillschweigende Bedingung könne dadurch zu einer eigentlichen gemacht werden, daß sie in dieser Absicht ausgesprochen werde. Er hat dafür keinen andern Beweis als l. 19 § 1 D. de cond. 35. 1. Der wahre Inhalt dieser Stelle ist aber, daß die Verfügung 'si Primus heres erit, damnas esto dare' auch so aufgefaßt werden kann: wenn die Erbschaft nicht an den mit oder nach ihm eingesetzten Secundus gelangt, und „in condicionibus primum locum voluntas defuncti obtinet" (pr. eod.). S. auch Arndts § 66 Anm. 10, Unger Oesterr. Erbr. § 16 Anm. 6, Mayer Legate § 32 zu Anm. 3, Scheurl S. 96, Enneccerus a. a. O. S. 136 fg., Wächter I S. 367 unt.

* W. Sell über bedingte Traditionen, zugleich als Revision der Lehre von den Wirkungen der Bedingungen bei Verträgen im Allgemeinen (1839). Dazu die Recension von Ihering in den krit. Jahrb. f. d. RW. XII S. 865 fg.

[1] Wir sagen: die Bedingung ist erfüllt, eingetreten — nicht erfüllt, ausgefallen, vereitelt; die Quellen sagen: condicio impleta est, expleta est, exstitit — condicio defecit, exstincta est. Vgl. Scheurl S. 86. — Daß die Willenserklärung ohne Hemmung durch eine Bedingung wirke (wenn die hinzugefügte Bedingung erfüllt, oder keine [eigentliche] Bedingung hinzugefügt ist), bezeichnen die Quellen durch den eigenthümlichen Ausdruck: dies cessit, l. 213 pr. D. de V. S. 50. 16. Vgl. § 96 Note 4. § 88.

also die Wiederauflösung des Rechtsverhältnisses in demselben Momente ein, wie seine Erzeugung, d. h. mit anderen Worten, das Rechtsverhältniß gelangt gar nicht zur Entstehung. Ist hingegen die Nichterfüllung der Bedingung sogleich sicher, so hat die Willenserklärung ebenso wenig Wirkung, als wenn sie gar nicht abgegeben worden wäre; bei der auflösenden Bedingung ist also das Fortbestehen der Wirkung des Hauptgeschäfts sogleich außer Frage gestellt.

Wie verhält es sich aber bei der eigentlichen Bedingung, d. h. bei derjenigen, deren Erfüllung oder Nichterfüllung nicht sogleich sicher ist? Hier fragt es sich vor Allem, welcher Rechtszustand stattfinde, während die Bedingung schwebt[2]; davon in § 89. Der Zustand, welcher durch die Nichterfüllung der eigentlichen Bedingung hervorgerufen wird, bietet der Betrachtung besondere Seiten nicht dar; es ist jetzt die Wirkungslosigkeit der Willenserklärung (bei der auflösenden Bedingung der auf Wiederauflösung gerichteten Willenserklärung) entschieden[3]. Dagegen ergeben sich für den Fall der Erfüllung der eigentlichen Bedingung besondere Fragen, nämlich: 1) für die eigentliche Bedingung überhaupt die Frage, von welcher Zeit an die mit der Erfüllung der Bedingung eintretende rechtliche Wirkung der Willenserklärung zu datiren sei, ob von der Zeit der Abgabe der Willenserklärung oder erst von der Zeit der Erfüllung der Bedingung — wie man sich gewöhnlich ausdrückt, ob die erfüllte Bedingung rückwirkende Kraft habe oder nicht (§ 91); 2) für die auflösende Bedingung im Besonderen die Frage, in welcher Weise bei dem Eintreten derselben die bis dahin vorhanden gewesene rechtliche Wirkung wieder aufgehoben werde (§ 90).

Für alle Bedingungen, eigentliche wie uneigentliche, ist endlich noch die Frage zu beantworten, wann man sagen könne, daß die Bedingung erfüllt sei (§ 92).

bb. Zustand während des Schwebens der Bedingung*.

§ 89.

Während des Schwebens der Bedingung ist die Kraft der Willenserklärung noch gehemmt, die von ihr zu erzeugende recht-

[2] Die Quellen: condicio pendet.

[3] Vgl. l. 37 i. f. D. de contr. emt. 18. 1, l. 15 pr. D. de in diem add. 18. 2.

liche Wirkung ist noch nicht erzeugt[1]. Aber andererseits ist die Willenserklärung doch mehr als eine für das Recht gar nicht existirende und aller rechtlichen Wirksamkeit bare[2]. Das Recht hat sie nicht für unfähig erklärt, die rechtliche Wirkung zu erzeugen, auf welche sie gerichtet ist; diese Wirkung kann möglicherweise vollständig aus ihr hervorgehen. Wenn sie einstweilen diese rechtliche Wirkung noch nicht erzeugt hat, so hat sie doch sofort erzeugt eine Aussicht auf dieselbe, welche dem bedingt Berechtigten nicht mehr verbracht werden kann. Das will sagen: derjenige, zu dessen Lasten diese Aussicht besteht, kann nicht mehr bewirken, daß für den Fall der Erfüllung der Bedingung die in Aussicht gestellte rechtliche Wirkung nicht eintrete oder nicht vollständig

---

* Wächter I S. 389—391. Württemb. Privatr. II S. 696—701. Windscheid die Wirkung der erfüllten Bedingung S. 16—22. Derſ. Heid. krit. Zeitschr. IV S. 42—49. Schönemann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIX S. 13 fg. Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 493 fg. Scheurl S. 122—157. Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 163 fg. 264 fg. und in der Schrift über den Fruchterwerb des bonae fidei possessor S. 26 fg. Wendt a. a. O. S. 1—95. Schulin über Resolutivbedingungen und Endtermine S. 11 fg. (vgl. Hölder krit. VJSchr. XVIII S. 182 fg.). Adickes a. a. O. S. 123 fg. 175 fg. Karlowa a. a. O. S. 89 fg.

[1] L. 13 § 5 D. de pign. 20. 1: — „ante condicionem non recte agi, cum nihil interim debeatur". L. 16 D. de cond. ind. 12. 6, l. 38 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 2 § 2 D. pro emt. 41. 4. Bedingte Besitzübertragung: Scheurl S. 141 fg., V. v. Liebe der Besitz als Recht in thesi S. 124 fg. — Wendt Reuverträge S. 45 fg. (vgl. S. 23) lehrt alles Ernstes, daß durch die aufschiebende Bedingung bei obligatorischen Geschäften nicht „die Obligation" suspendirt werde (genauer: daß mit der aufschiebenden Bedingung nicht eine Suspension der Obligation verbunden sei), sondern deren „Erfüllung und Geltendmachung", und daß der Unterschied zwischen der aufschiebenden und der auflösenden Bedingung darin liege, daß bei der letzteren „die Vollziehung des bedingten Geschäfts" sogleich eintrete, nicht bei jener; im Uebrigen sei „die Existenz des Rechtsgeschäfts in beiden Fällen in gleicher Lage". Ein Beweis für diese Lehre ist nicht versucht. § 89.

[2] Eine interessante Anwendung davon in l. 16 D. de iniusto 28. 3 (vgl. überhaupt III § 554 Note 1). S. noch l. 36 D. de R. C. 12. 1, l. 80. 83 D. de I. D. 23. 3, l. 60 § 1 D. de cond. ind. 12. 6, und zu diesen Stellen Fr. Kniep Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation S. 5 fg. (vgl. Windscheid krit. VJSchr. II S. 242—244), Römer bedingte Novation S. 85 fg. (vgl. II § 354 Note 10), Scheurl S. 134 fg., Wendt S. 77 fg.; l. 11 pr. D. de test. tut. 26. 2; l. 40 D. ad leg. Aq. 9. 2.

eintrete; er ist schon jetzt gebunden[3]. Eine wichtige Consequenz dieser Gebundenheit ist, daß alle von ihm in der Zwischenzeit getroffenen rechtlichen Verfügungen, welche mit dem in Aussicht gestellten Rechte in Widerspruch stehen, mit Eintritt der Bedingung hinfällig werden, oder sich doch dem nun entstehenden Rechte unterordnen; dasselbe wird so existent, wie es nach Inhalt der bedingten Willenserklärung existent werden sollte[4]. Ebenso wenig

[3] Die Quellen erkennen an, daß schon in dem bedingten (obligatorischen) Vertrag ein contrahere liege, l. 27 D. pro socio 17. 2, l. 78 pr. D. de V. D. 45. 1, l. ult. D. de stip. serv. 45. 3, l. 8 pr. D. de per. et comm. 18. 6; in anderen Stellen freilich wird unter contractum negotium gerade der unbedingte Vertrag verstanden, so in l. 8 § 1 D. de per. et comm. 18. 6. — In Betreff des hier gebrauchten Ausdrucks Gebundenheit ist zu bemerken, daß derselbe nicht von einer bloß obligatorischen Gebundenheit verstanden werden darf; der bedingt Belastete ist nicht bloß in seinem Dürfen gehemmt, sondern auch in seinem Können. Fitting bezeichnet diese Wirkung der bedingten Willenserklärung (soweit er sie anerkennt) als „Vorwirkung", vgl. § 67 Note 2 und den genannten Schriftsteller in der Zeitschr. f. Handelsr. II S. 253 Note 77. Unzutreffend und verwirrend ist es, wenn Götting (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. S. 240 fg., vgl. namentlich S. 250. 254. 265. 271) jene Wirkung auf ein besonderes, das bedingte Rechtsgeschäft begleitendes, Rechtsgeschäft zurückführt. — Puntschart die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Rechts (1885) S. 97 fg. hält diese Gebundenheit für „objectives Recht".

[4] Ist es ein Eigenthumsrecht, so verschwindet vor demselben nicht bloß das von dem bisherigen Eigenthümer in der Zwischenzeit einem Andern übertragene Eigenthumsrecht, sondern auch die von demselben bestellten sonstigen Rechte an der Sache. Ist es ein Recht an fremder Sache, so bleibt zwar die von dem Eigenthümer der Zwischenzeit vorgenommene Eigenthumsübertragung aufrecht, nicht aber bleiben aufrecht die von demselben auf die Sache gelegten dinglichen Lasten, so weit dadurch das neu entstehende Recht geschmälert werden würde; ist es ein Pfandrecht, so kommt ihm der erste Rang zu, nicht dem in der Zwischenzeit zur Existenz gelangten. Dieß gilt in gleicher Weise für die auflösende wie für die aufschiebende Bedingung, für die Verfügung von Todeswegen, wie für die unter Lebenden. L. 69 § 1 D. de leg. I° 30, l. 105 D. de cond. 35. 1, l. 3 § 3 C. comm. de leg. 6. 43, l. 12 § 2 D. fam. erc. 10. 2, l. 11 § 1 D. quemadm. serv. 8. 6, l. 9 § 1 l. 11 § 1 D. qui pot. 20. 4, l. 4 § 3 de in diem add. 18. 2, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6. Ist das zu begründende Recht oder Rechtsverhältniß von der Art, daß es nicht wieder rückgängig gemacht werden kann, so entsteht es einstweilen gar nicht. L. 34 D. de relig. 11. 7, l. 11 D. de manum. 40. 1. Rechtsveränderungen, welche ohne Zuthun des bedingt Belasteten, und im Besonderen durch Verjährung, eintreten, werden durch Erfüllung der Bedingung nicht hinfällig. Jhering S. 502. Anders war es im römischen Recht nur bei der bedingt

darf der bedingt Belastete durch factische Verfügungen das in Aussicht gestellte Recht unmöglich machen oder schmälern; er muß dafür nach Eintritt der Bedingung Ersatz geben, und in gleicher Weise haftet er (nach Maßgabe des Inhalts des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses) wegen Vernachlässigungen[5]. Eine fernere Consequenz der durch die bedingte Willenserklärung geschaffenen Gebundenheit ist, daß, wenn der bedingt Belastete stirbt, an seine Stelle seine Erben treten; wäre vor der Erfüllung der Bedingung ein Garnichts vorhanden, so könnte auch auf die Erben nichts übergehen[6]. — Auch die dieser Gebundenheit entsprechende

---

verliehenen Freiheit, l. 2 pr. l. 9 § 3 D. de statulib. 40. 7. — Fitting (über den Begriff der Rückziehung S. 65 fg.) faßt das hier bezeichnete Verhältniß als Gebundenheit der Sache auf; so jetzt auch Scheurl S. 123, Wendt S. 114, und namentlich Jhering S. 493 fg. Für diese Kategorie finden sich allerdings Anhaltspunkte in den Quellen (s. z. B. l. 2 pr. l. 9 § 1. 3 D. de statulib. 40. 7, l. 6 D. si ex nox. 2. 9, l. 12 § 2 D. fam. erc. 10. 2, l. 82 pr. D. de leg. I° 30). Sie reicht auch bei der eigentlichen Bedingung aus; nicht aber bei den analogen Fällen der Verleihung von Rechten an künftigen oder künftig zu erwerbenden Sachen (§ 242 Ziff. 5); hier muß man doch wieder zu der Kategorie einer das Können ausschließenden Gebundenheit der Person greifen. Vielleicht könnte man sagen: dingliche Gebundenheit. Vgl. Exner Pfandrechtsbegriff S. 122, Karlowa S. 93 Note 1, Arndts Forts. von Glück XLVIII S. 336. Jhering S. 528 fg. glaubt, daß das römische Recht zur Anerkennung dieser dinglichen Gebundenheit bei der Eigenthumstradition noch nicht fortgeschritten sei; vielmehr beruhe sie auf einem modernen, übrigens das römische Recht consequent fortentwickelnden, Gewohnheitsrecht. Hierzu stimmt schlecht, daß, was Jhering selbst hervorhebt, in unseren Quellen die dingliche Gebundenheit sich anerkannt findet bei der resolutiv bedingten Eigenthumstradition und bei der suspensiv bedingten im Fall der lex commissoria beim Pfandvertrag (Jhering S. 534), ferner bei der bedingten Verpfändung. Auf l. 9 § 1 D. de I. D. 23. 3 darf sich diese Meinung nicht berufen, da in dieser Stelle nicht bloß die dingliche Gebundenheit geleugnet wird. Vgl. Note 6.

[5] Wächter Württ. Privatr. S. 700 Nr. 5.

[6] Dieß ist in der That die Auffassung von Ulpian in l. 9 § 1 D. de I. D. 23. 3, „Si res alicui tradidero, ut nuptiis secutis dotis efficiantur, et ante nuptias decessero: an secutis nuptiis dotis esse incipiant? Et vereor, ne non possint in dominio eius effici, cui datae sunt, quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo qui dedit: quia pendet donatio in diem nuptiarum, et cum sequitur condicio nuptiarum iam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo fatendum est". Nur favore dotis will Ulpian in diesem Falle ausnahmsweise

Aussicht selbst erweist sich als ein Ding von rechtlicher Consistenz. Zunächst wieder darin, daß auch sie auf die Erben übergeht[7]. Jedoch wird in dieser Beziehung ein Unterschied zwischen Verfügungen unter Lebenden und Verfügungen von Todeswegen gemacht. Die letzteren sind höchst persönlicher Natur; ihr Schwerpunkt liegt viel weniger darin, daß etwas weggegeben, als darin, daß einer bestimmten Person etwas zugewendet werden soll. In diesem Sinne schreibt das römische Recht vor, daß an die Stelle des durch eine Verfügung von Todeswegen Bedachten, wenn er nicht bereits vor seinem Tode erworben habe, seine Erben nicht treten sollen; die durch eine Verfügung von Todeswegen eröffnete Aussicht geht auf die Erben des Bedachten nicht über[8]. Und deßwegen wieder wird dieser Aussicht auch in anderen Beziehungen nicht die gleiche rechtliche Bedeutung, wie der durch eine Willenserklärung unter Lebenden eröffneten Aussicht, zugeschrieben; namentlich wird sie nicht dem Gewalthaber erworben, wohl die letztere[9].[10] Und ganz

helfen. Die dem Princip gemäße Entscheidung in l. 2 § 5 D. de don. 39. 5. Ueber die verschiedenen Vereinigungsversuche s. Savigny Zeitschr. f. gesch. RW. IV S. 51 fg. (System IV S. 154 Note r), Sell bedingte Tradition S. 117 fg., Windscheid Wirkung der erfüllten Bedingung S. 18 Note 1, Strempel iusta causa der Tradition S. 69 fg., Czyhlarz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX S. 288 fg. Die Ansicht dieses letzteren Schriftstellers stimmt mit der hier vorgetragenen überein, und so jetzt auch Bangerow in der 7. Aufl. I S. 148 (anders noch in der 6. S. 164) und Scheurl S. 51; anders wieder Köppen S. 245 fg. Jhering S. 528 findet auch in l. 2 § 5 cit. nur obligatorische Gebundenheit anerkannt (nach Analogie der l. 18 D. comm. praed. 8. 4, welche aber den Uebergang auf die Erben ausschließt). Vgl. noch E. Grueber Versuch einer Erklärung der l. 9 § 1 D. de iure dotium (Inauguraldiss. München 1874), Karlowa a. a. O. S. 8, Wendt Neuverträge S. 81 fg. Daß bedingte obligatorische Verpflichtungen auf die Erben übergehen, scheint nie bezweifelt worden zu sein, § 25 I. de inut. stip. 3. 19, l. 8 pr. de per. et comm. 18. 6, l. 57 D. de V. O. 45. 1. — S. noch l. 27 D. pro socio 17. 2.

[7] § 4 I. de V. O. 3. 15. — „Ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si prius quam condicio exsistat mors nobis contigerit". § 25 I. de inut. stip. 3. 19, l. 8 pr. D. de per. et comm. 18. 6.

[8] L. 5 pr. § 2 D. quando dies 36. 2, l. un. § 7 C. de cad. toll. 6. 51. Die Ansichten über den Grund dieses Satzes sind übrigens sehr verschieden. Vgl. Strohal Transmission pendente condicione (Graz 1879) und die das. Citirten.

[9] L. 18 D. de R. I. 50. 17. „Quae legata mortuis nobis ad here

allgemein heißt es: wer aus einer Verfügung unter Lebenden etwas bedingt zu fordern habe, sei jetzt sogleich als Gläubiger anzusehen, nicht aber, wer aus einer Verfügung von Todeswegen[11].

dem nostrum transeunt, eorum commodum per nos his, quorum in potestate sumus, eodem casu acquirimus. Aliter atque quod stipulati sumus; nam et sub condicione stipulantes omnimodo eis acquirimus, etiamsi liberatis nobis potestate domini condicio existat". L. 2 § 3 D. de coll. 37. 6, l. 40 D. de stip. serv. 45. 3, l. 28 D. de pign. 20. 1, l. 14 i. f. D. quando dies 36. 2, l. 5 C. de cond. ins. 6. 46. Eisele a. a. O. S. 291 fg.

[10] In den früheren Ausgaben habe ich hinzugefügt, daß die durch die bedingte letztwillige Verfügung eröffnete Aussicht auch nicht fähig sei, den Gegenstand von Rechtsgeschäften zu bilden. Dieser Satz ist doch in dieser Allgemeinheit recht bedenklich. Im Besonderen findet die Unzulässigkeit der Cession einer bedingten Vermächtnißforderung in l. 41 D. de cond. 35. 1 kaum eine genügende Stütze. Denn wenn es daselbst heißt, daß „legata sub condicione relicta non statim, sed cum condicio exstiterit, deberi incipiunt, ideoque interim delegari non potuerunt", so ist dieser Ausspruch jedenfalls für die Delegation durch Novation falsch (l. 8 § 1 D. de nov. 46. 2), und man müßte daher unter Delegation geradezu Cession (delegatio actionis) verstehen, womit man dem Verfasser der Stelle den Vorwurf einer schweren Ungenauigkeit der Rede machen würde. Viel näher liegt die Annahme, daß derselbe nichts habe sagen wollen, als daß durch Ueberweisung einer bedingten Vermächtnißforderung dem Empfänger nicht ein sogleich vollziehbares Forderungsrecht verschafft werden kann, also das Gleiche, was in l. 8 § 1 i. f. de nov. wirklich gesagt wird. Nur in Betreff der acceptilatio machen die Quellen zwischen der bedingten Vermächtnißforderung und einer sonstigen bedingten Forderung einen unleugbaren Unterschied. In l. 13 § 8 de accept. 46. 4 heißt es, daß acceptilatio mit dem Bürgen für eine bedingte Vermächtnißforderung den Beschwerten nicht frei mache, wenn die Bedingung (bei Lebzeiten des Vermächtnißnehmers) eintrete. In § 9 eod. wird dieser Fall parallelisirt mit dem Fall der acceptilatio mit demjenigen, welcher sich für ein künftig zu nehmendes Darlehn verbürgt hat. Es wird also angenommen, daß für die bedingte Vermächtnißforderung noch ebenso wenig der Grund gelegt sei (§ 225 Note 6), wie für die Forderung aus einem in Aussicht genommenen Darlehn. Vgl. Windscheid in der Heidelb. krit. Zeitschr. IV S. 45—47, Salkowski Novation S. 112. 412. 414 fg., Scheurl S. 149 fg., Wendt S. 35 fg. 52 fg. 72 fg., Adickes S. 132 fg., und speciell über l. 41 cit. (die auch in der Lesart angefochten wird) noch v. Salpius Novation und Delegation S. 37. 38, Fitting Zeitschr. f. RGesch. XI S. 432. Entscheid. des RG. VIII S. 189 fg. (Seuff. Arch. XXXVIII. 325).

[11] L. 42 pr. D. de O. et A. 44. 7. „Is, cui sub condicione legatum est, pendente condicione non est creditor, sed tunc cum exstiterit condicio, quamvis eum, qui stipulatus est sub condicione, placet etiam pendente condicione creditorem esse". Eine Consequenz daraus in l. 27 pr.

Doch kann bei Verfügungen dieser letzteren Art Sicherheit für den Fall der Realisirung der eröffneten Aussicht verlangt werden[12], während bei Willenserklärungen unter Lebenden in dieser Beziehung alles mehr in das Ermessen des Richters gestellt ist[13]. [13a]

D. qui et a quib. 40. 9, vgl. l. 6 pr. D. quib. ex causis in po. 42. 4 (dawider l. 14 § 2 eod., Dernburg emtio bonorum S. 97—101, Wendt S. 38—42), l. 4 pr. D. de sep. 42. 6. Für die Behandlung bedingter Forderungen im Concurse ist jetzt entscheidend KO. § 60. 88. 142. 144, § 47 Abs. 3, § 158.

[12] L. 18 D. de cond. 35. 1, l. 6 D. de B. P. s. t. 37. 11. Dig. 36. 3, Cod. 6. 54. Das Nähere im Erbrecht (III § 648 Ziff. 2).

[13] L. 41 D. de iud. 5. 1 (— „ex iusta causa“ —), l. 38 pr. D. pro socio 17. 2. Freilich wird darüber gestritten, ob in diesen Stellen nicht unter cautio eine bloße Verbalcaution zu verstehen sei. So Bähr Anerkennung § 69, Regelsberger in einem i. S. Favre gegen Gotthardtbahn erstatteten Gutachten (Zürich, Druck von Zürcher u. Furrer, 1878), M. Cohn in einem als Manuscript gedruckten Sendschreiben in derselben Sache. Die Meinung von Bähr (Anerkennung § 69), daß hier unter cautio nur nuda promissio zu verstehen sei, erscheint nicht gehörig begründet. L. 13 § 5 D. de pign. 20. 1 erklärt sich aus der Conception der formula hypothecaria. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 167 fg. und unt. § 235 Note 3. Vgl. im Allgemeinen Scheurl S. 132, Wendt S. 43 fg., dens. das bedingte Forderungsrecht S. 23 fg. Seuff. Arch. IV. 196, XVI. 190, XXII. 6. 7, XXX. 111, XXXIV. 5 (ROHG.)

[13a] 1) Es liegt sehr nahe, dasjenige, was während schwebender Bedingung vorhanden ist, als bedingtes Recht und bedingte Verpflichtung zu bezeichnen. Dafür ist namentlich Wendt a. a. O. (s. auch dens. das bedingte Forderungsrecht S. 10 fg.) mit Energie eingetreten. Es soll auch nicht geleugnet werden, daß diese Bezeichnung außerordentlich bequem ist; wenn sie nichtsdestoweniger hier vermieden worden ist, so hat das seinen Grund darin, daß sie das Wesen der Sache nicht ausdrückt, sondern verdeckt. Denn ein bedingtes Eigenthumsrecht, ein bedingtes Forderungsrecht ꝛc. ist doch nun einmal ein Eigenthums-, Forderungsrecht ꝛc., welches als dieses Recht noch nicht entstanden ist (und vielleicht nie entstehen wird); und wenn gesagt werden soll, was denn statt des nichtexistirenden Eigenthums-, Forderungsrechts ꝛc. gegenwärtig existirt, so wird man immer wieder auf die Kategorie der Gebundenheit zurückgreifen müssen. 2) Während Wendt ausdrücklich betont, daß das bedingte Recht ein anderes sei, als das nach Erfüllung der Bedingung vorhandene, findet sich bei anderen neueren Schriftstellern in verschiedenen Wendungen die Auffassung, daß das bei schwebender Bedingung Vorhandene eine Entwickelungsphase des nach Erfüllung der Bedingung vorhandenen Rechtsverhältnisses sei. Hierher gehören Scheurl, Jhering, Köppen, Adickes. Scheurl: das zu erzeugende Rechtsverhältniß befinde sich in einem Mittelzustand zwischen Sein und Nichtsein, es seien Keime und Ansätze von Rechten und Ver-

Die im Vorstehenden erörterten rechtlichen Wirkungen der bedingten Willenserklärung werden auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Erfüllung der Bedingung von der Willkür des bedingt Belasteten abhängt[14]. Wenngleich derselbe die Erfüllung der Bedingung verhindern kann, so ist er deßwegen nicht weniger für den Fall der Erfüllung der Bedingung gebunden, und kann seinem Gegner die ihm für diesen Fall eröffnete Aussicht nicht entziehen[15].

---

bindlichkeiten vorhanden; Ihering: das Rechtsverhältniß sei im Werden, Entstehen, in der Bildung begriffen; Köppen: das Rechtsverhältniß beginne sofort, vollende sich mit der Erfüllung der Bedingung; Adickes (S. 127. 131. 135. 136. 160. 175): das durch die bedingte Willenserklärung sofort erzeugte Rechtsverhältniß bleibe das gleiche, nur sein Inhalt wechsele. Dabei wird von Scheurl und Ihering ausdrücklich auf die Analogie des concipirten, noch nicht geborenen Kindes verwiesen, und auch bei Köppen findet sich diese Vorstellung (S. 199). Ich sehe in diesen Auffassungen den Ausdruck des richtigen Gedankens, daß mit der bedingten Willenserklärung der wesentliche Grund für das zu erzeugende Rechtsverhältniß gelegt sei; als eine Förderung der Erkenntniß des Wesens des sofort stattfindenden Rechtszustandes erscheinen sie mir nicht. Vgl. auch Karlowa S. 109. Ihering verwendet zur Bezeichnung dieses Wesens die Kategorie des Rechts mit bloß passiver Wirkung, deren näherer Inhalt denn doch auch wieder die Gebundenheit (der Person oder Sache) ist. Vgl. § 65 Note 9.

[14] Für den Fall, wo die Erfüllung der Bedingung von der Willkür des bedingt Berechtigten abhängt, kommt in einer Constitution Justinian's (l. un. § 7 C. de cad. toll. 6. 51) der Ausdruck condicio potestativa vor. Es ist kein Grund ersichtlich, warum dieser Ausdruck, wie gewöhnlich geschieht auf diesen Fall beschränkt werden müßte, und nicht auch von dem Fall der Willkür des bedingt Belasteten sollte gebraucht werden können. Scheurl S. 87 fg.

[15] Dieß leugnet die gemeine Meinung, indem sie den Satz aufstellt, daß die Bedingung der bezeichneten Art nicht zurückbezogen werde (§ 91). Gegen die gemeine Meinung haben sich erklärt: Trotsche Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII S. 101—108, Schmidt das. N. F. VIII S. 381 fg., Wächter I S. 377 fg. Württemb. Privatr. II S. 702 Note 19, Regelsberger zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte (1859) S. 55 fg., bedingt Windscheid Arch. f. civ. Pr. XXXV S. 51—60. Ich trete jetzt dem unbedingten Widerspruch der genannten Schriftsteller bei. Daß l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6 keine Schwierigkeit machen dürfe, ist von mir a. a. O. gezeigt worden, s. auch § 93 Note 3. L. 11 § 2 D. qui pot. 20. 4, l. 4 D. quae res pign. 20. 3, l. 11 pr. D. qui pot. 20. 4, l. 9 § 1 eod. handeln sämmtlich nicht von (eigentlichen) Bedingungen; im Uebrigen s. über die erste Stelle § 242 Note 9, über die beiden folgenden daselbst Note 6. Bedenklich ist nur l. 9 § 1 cit.; aber eine einengende Auslegung, so daß die Stelle von einer auf das nackte Wollen gestellten Bedingung (§ 93) zu verstehen ist, erscheint hier ebenso ge-

cc. Zustand nach Erfüllung der Bedingung.

αα. Ueberhaupt.

§ 90.

Mit der Erfüllung der Bedingung tritt die Willenserklärung, welcher sie hinzugefügt worden ist, in volle Wirksamkeit, und erzeugt nun die beabsichtigte rechtliche Wirkung. Bei der auflösenden Bedingung ist diese Wirkung Wiederaufhebung der durch die Hauptwillenserklärung geschaffenen Rechtswirkung. Und zwar wird mit Eintritt der auflösenden Bedingung diese Rechtswirkung direct aufgehoben; es wird dadurch nicht bloß eine Verpflichtung des bisher Berechtigten zur Wiederherstellung des früheren Zustandes begründet[1]. Obgleich die Parteien auch dieß gewollt haben

---

rechtfertigt, wie sie in l. 17 D. de V. O. 45. 1 unbedingt nothwendig ist. Und die auflösende Bedingung 'nisi melior condicio allata fuerit', welche anerkanntermaßen die Verfügungen der Zwischenzeit unwirksam macht (l. 4 § 3 D. de in diem add. 18. 2, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6), kann ja ebenfalls ohne den Willen des durch ihre Erfüllung Verlierenden nicht erfüllt werden! Ebenso verhält es sich bei der lex commissoria. Uebereinstimmend Wendt S. 27 unt. Scheurl S. 215 fg. läßt zwar Gebundenheit eintreten aber keine Rückwirkung, und will daraus l. 9 § 1 cit. erklären. S. auch noch Exner Kritik des Pfandbegriffs S. 103 Note 200.

§ 90. [1] L. 41 pr. D. de R. V. 6. 1, l. 13 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 4 § 3 D. de in diem add. 18. 2. l. 8 D. de lege comm. 18. 3, l. 31 D. de pign. 20. 1, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 29 D. de m. c. don. 39. 6, l. 4 C. de pact. inter emt. 4. 54. Gegen die das Gegentheil behauptende Abhandlung Rießer's (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II S. 1 fg. 270 fg. [1829]) s. namentlich Vangerow I § 96 Anm. In der neueren Zeit ist der Widerspruch wieder aufgenommen worden. J. Engelmann der Rückfall des Eigenthums im röm. R. (1868). Czyhlarz zur Lehre von der Resolutivbedingung S. 23 fg. (1871). Schulin über Resolutivbedingungen und Endtermine S. 80 fg. (1875). Adickes a. a. O. S. 44 fg. Diese Schriftsteller leugnen übereinstimmend die directe Wirkung bei der Eigenthumsübertragung, von anderen Rechtsverhältnissen spricht Engelmann nicht, die drei anderen Schriftsteller wollen nach der Natur der einzelnen Rechtsverhältnisse unterscheiden. Dawider Karlowa a. a. O. S. 97 fg., ferner Wendt Reuverträge S. 134 fg. (welcher Schriftsteller übrigens in den oben citirten Stellen, soweit sie von einem Rücktrittsrecht handeln, eine auflösende Bedingung nicht ausgedrückt findet, vgl. II § 323 Note 5), theilweise Bechmann Kauf II S. 497 fg. (vgl. aber auch § 86 Note 6 z. A.). Vgl. noch Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 543 fg. 569 fg., Leist Fortf. v. Glück Serie der Bücher 37 u. 38 IV S. 403 fg. Die Bestreitung der directen Wirkung der erfüllten auflösenden Bedingung

können[2]; aber dann liegt eben keine auflösende Bedingung vor[3]. Es ist jedoch hinzuzufügen, daß das römische Recht die bezeichnete Wirkung der auflösenden Bedingung nur zögernd und widerwillig anerkannt hat[4].

---

beruft sich namentlich darauf, daß nicht der nackte Vertrag, sondern nur die Tradition, Eigenthum zu verleihen im Stande sei. Aber der Thatbestand, auf Grund dessen derjenige, an welchen bei erfüllter auflösenden Bedingung das Eigenthum zurückfällt, jetzt wieder Eigenthümer ist, ist nicht der in der Setzung der Bedingung mit dem Erwerber abgeschlossene Vertrag, sondern derjenige Thatbestand, auf Grund dessen er früher Eigenthümer war, und der mit dem Erwerber abgeschlossene Vertrag hat nur die Bedeutung, daß auf Grund desselben die Rechtsordnung jenem anderen Thatbestand erneute Wirkung verleiht. Der Rückerwerber ist so wenig Rechtsnachfolger des bisherigen Eigenthümers, wie im Fall der Eigenthumsübertragung unter einer aufschiebenden Bedingung bei erfüllter Bedingung der Erwerber Rechtsnachfolger desjenigen ist, an welchen während schwebender Bedingung das Eigenthum übertragen worden ist.

[2] L. 12 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 3 C. de pact. int. emt. 4. 54 (vgl. übrigens in Betreff dieser Stelle auch Karlowa a. a. O. S. 182). Im einzelnen Fall zu bestimmen, was wirklich gewollt sei, kann große Schwierigkeit machen; die gebrauchten Ausdrücke geben nicht immer einen sicheren Anhalt. Vgl. l. 29 D. de m. c. don. 39. 6, l. 2 C. de cond. ob. cous. dat. 4. 6.

[3] Genauer gesprochen: dann liegt nicht ein bedingtes Wollen der Auflösung, sondern ein bedingtes Wollen einer (vom Gegner abzugebenden) auflösenden Willenserklärung vor. Die Quellen sind im Ausdrucke nicht so genau; sie sprechen von einem negotium quod resolvitur sub condicione keineswegs bloß da, wo mit einem gewissen Umstande directe Auflösung der bisher bestandenen Wirkung eintritt, so z. B. l. 1 D. de don. 39. 5. Fitting Zeitschr. f. Handelsr. II S. 242—251.

[4] Das römische Recht ist offenbar von der Anschauung ausgegangen, daß der Wille über die einmal gesetzte rechtliche Wirkung keine Macht mehr habe. L. 44 § 2 D. de O. et A. 44. 7: „Condicio vero efficax est, quae in constituenda obligatione inseritur, non quae post perfectam eam ponitur, veluti: 'centum dare spondes, nisi navis ex Asia venerit'?" Deßwegen erklärte es entweder die auflösende Bedingung für unwirksam, oder es ließ durch sie die Hauptverfügung selbst ungültig werden, oder es ließ aus ihr gegen den Willen des Verfügenden nur indirecte obligatorische Wirkung entstehen, l. 15 § 4 D. de test. mil. 29. 1, Vat. Fr. § 283, l. ult. C. de legat. 6. 37, l. 55 D. de leg. I° 30, l. 44 § 2 (cf. § 1) D. de O. et A. 44. 7, l. 56 § 4 D. de V. O. 45. 1, § 3 I. de V. O. 3. 15, l. 4 pr. D. de serv. 8. 1 (welche Stellen zwar zum Theil nur von der auflösenden Befristung reden, aber auf die auflösende Bedingung einen sicheren Schluß erlauben). Vgl. Degenkolb Platzrecht und Miethe S. 154 fg. 197 fg. Von der anderen Seite hat das römische Recht doch in einzelnen Fällen directe Wirkung

ββ. Hat die erfüllte Bedingung rückwirkende Kraft?

§ 91.

In dieser Beziehung ist zu unterscheiden zwischen der aufschiebenden und der auflösenden Bedingung.

Die erfüllte aufschiebende Bedingung hat der Regel nach rückwirkende Kraft nicht, d. h. es wird nach ihrer Erfüllung der Regel nach nicht so gehalten, als wäre die nun eintretende rechtliche Wirkung bereits zur Zeit der Abgabe der Willenserklärung vorhanden gewesen. Der Grund dieses Satzes ist der präsumtive Wille des Urhebers der bedingten Willenserkärung; es ist im Zweifel anzunehmen, daß derjenige, welcher will, daß ein gewisser rechtlicher Erfolg *für den Fall* einer gewissen Gestaltung der Verhältnisse eintrete, zu gleicher Zeit wolle, daß dieser Erfolg erst *dann* eintrete, *wann* sich die verlangte Gestaltung der Verhältnisse entschieden habe; mit anderen Worten, es ist anzunehmen, daß die Bedingung in dem Sinne des sie Setzenden zugleich eine Befristung enthalte. Aber es ist dieß auch nur im Zweifel anzunehmen, das Gegentheil also nicht bloß dann, wenn eine ausdrückliche Erklärung dafür vorliegt, sondern auch dann, wenn die Umstände eine solche Auslegung der bedingten Willenserklärung gebieten[1].

---

der auflösenden Bedingung allerdings anerkannt; s. außer den Stellen in Note 1 noch l. 12 § 1 C. de usufr. 3. 33, und vergl. was die auflösende Befristung angeht: l. 12 pr. eod., Vat. Fr. § 48. 52, l. 6 D. de usu et usufr. 33. 2, l. 16 § 2 D. fam. erc. 10. 2, l. 6 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 2 C. de don. quae sub modo 8. 54 [55], l. ult. C. de leg. 6. 37. In dieser Weise erscheint die directe Wirkung der auflösenden Bedingung als das Resultat der Entwickelung des römischen Rechts, und so dürfen wir dieselbe heutzutage, vorbehaltlich ausnahmsweiser Behandlung besonderer Rechtsgeschäfte, z. B. der Erbeseinsetzung, überall da eintreten lassen, wo der Wille unzweifelhaft auf sie gerichtet ist. Vgl. Savigny III S. 127, Windscheid Voraussetzung S. 149—152, Fitting Zeitschr. f. Handelsr. II S. 261—268, Goldschmidt das. VIII S. 242 Note 37, Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 537 fg. (mit eigenthümlicher Auffassung der historischen Entwickelung), Köppen das. XI S. 190 fg., Scheurl S. 232 fg., Wendt S. 110 fg.

§ 91. [1] Die Frage, ob der erfüllten Bedingung rückwirkende Kraft zukommt oder nicht, ist eine der meist besprochenen Fragen des Pandektenrechts. Seitdem sie durch meine im Folgenden benannte Schrift zuerst wieder angeregt worden ist, hat sie schon eine lange Geschichte. Da es nicht ohne Interesse

Dagegen ist bei der auflösenden Bedingung umgekehrt im Zweifel anzunehmen, der Urheber der Willenserklärung habe ge-

ist, ihre Entwickelung zu verfolgen, gebe ich hier, wie es auch schon in den bisherigen Auflagen dieses Lehrbuchs geschehen ist, das in den vorhergehenden Auflagen über sie Gesagte unverändert wieder. Die Ziffern im Folgenden weisen auf die einzelnen Auflagen hin. 1) Das im Text Gesagte ist näher ausgeführt in folgender Schrift: Windscheid die Wirkung der erfüllten Bedingung, Basel 1851. Die herrschende Meinung stimmt damit nicht überein; sie behauptet umgekehrt, daß von der Rückwirkung als Regel ausgegangen werden müsse. Jedoch gibt man zu, daß in Betreff der Erfordernisse der Gültigkeit der Willenserklärung in unseren Quellen nicht auf die Zeit ihrer Abgabe, sondern auf die Zeit der Erfüllung der Bedingung gesehen werde (l. 14 31 pr. D. de nov. 46. 2, l. 8 pr. D. de per. 18. 6, l. 3. 4 D. de reg. Cat. 34. 7, l. 41 § 2 D. de leg. I° 30, l. 31. 98 pr. D. de V. O. 45. 1), und von bewährten Schriftstellern wird ein Unterschied gemacht zwischen Existenz und Ausübung des Rechts und gelehrt, daß die Rückziehung eben nur in Betreff jener, nicht aber auch in Betreff der letzteren eintrete (Vangerow I S. 164—166 in der 6. Aufl., Wächter Württemb. Privatr. II S. 708—710, vgl. l. 15 § 6 l. 24 § 1 l. 88 § 3 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 19 [18] pr. l. 34 [33] D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 16. D. de statulib. 40. 7, l. 3 C. de fideic. lib. 7. 4). Neuerdings hat dann Fitting (über den Begriff der Rückziehung S. 33—45, beistimmend Scheurl krit. Ueberschau V S. 29 fg., Vangerow II § 436) den Nachweis geführt, daß bei bedingten Vermächtnissen überhaupt die Rückziehung wegfalle; Fitting fügt zwar den unklaren Vorbehalt hinzu „in Beziehung auf den Erwerb", vgl. aber außer den zuvor und in § 89 Note 9 genannten Stellen l. 1 C. an serv. 4. 14, l. 6 D. de manum test. 40. 4, l. 7 § 18 D. de pactis 2. 14, l. 12 § 5 D. de usufr. 7. 1, l. 17 D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 41 D. de cond. 35. 1, l. 11 § 4 D. de exc. rei iud. 44. 2, l. 13 § 8 D. de accept. 46. 4, l. 27 pr. D. qui et a quib. 40. 9, l. 20 D. de lib. et post. 28. 2. In der jüngsten Zeit will derselbe Schriftsteller die Rückwirkung auch bei der bedingten Eigenthumsübertragung nicht mehr anerkennen, und gesteht, daß ihm in Betreff der Rückwirkung bei bedingten Forderungen Zweifel entstanden seien (Zeitschr. f. Handelsr. II S. 255 Note 79), so daß er eigentlich als Vertheidiger der Rückwirkung nicht mehr angesehen werden kann, vgl. auch dens. Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 333. Auch Vangerow in der 7. Aufl. S. 142 fg. gibt die Rückwirkung im Principe ganz, und in der Anwendung für die dinglichen Rechte (mit Ausnahme des Pfandrechts) auf, und Arndts, welcher sich bereits in der 4. Aufl. sehr vorsichtig ausgedrückt hatte, lehrt seit der 5. (§ 71 Note 4), daß sich eine „Rückwirkung im strengen Sinn" weder bei Rechtsgeschäften unter Lebenden noch bei Verfügungen auf Todesfall behaupten lasse. Vielleicht trägt es zur Versöhnung der streitenden Ansichten bei, wenn mit Energie darauf hingewiesen wird (vgl. Fitting Begriff der Rückziehung S. 118, Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. IV S. 38), daß auch nach Erfüllung

wollt, daß mit der Erfüllung der Bedingung die eingetretene rechtliche Wirkung rückwärts wieder aufgelöst, und somit als nie

---

der Bedingung der eigentliche Grund der nun eintretenden rechtlichen Wirkung nicht die jetzt erfüllte Bedingung, sondern die damals abgegebene Willenserklärung ist, daß jene dieser Kraft verleiht. Will man dieß unter Rückwirkung der erfüllten Bedingung verstehen, so ist gegen dieselbe nichts einzuwenden, und in diesem Sinne ist sie von mir nie geleugnet worden; nur muß man dabei jeden Gedanken daran aufgeben, daß nach Erfüllung der Bedingung der Zustand der Zwischenzeit rückwärts anders bestimmt werde, als er während des Schwebens der Bedingung bestimmt gewesen ist. Mehr als das Gesagte lehrt im Grunde auch der neueste Vertheidiger der Rückwirkung, Unger II S. 70 fg. (vgl. auch österr. Erbrecht § 16 Note 20), nicht, und so verstanden ist die Rückwirkung denn freilich von dem Willen der Parteien unabhängig (Fitting Begriff der Rückziehung S. 54 Note 85, Unger S. 75, vgl. Windscheid in der Heidelb. krit. Zeitschr. IV S. 39 ob.). Und mehr ist auch in den Stellen nicht enthalten, auf welche man sich für die Rückziehung beruft, l. 8 pr. D. de per. et comm. 18. 6, l. 16 D. de sol. 46. 3, l. 11 § 1 D. qui pot. 20. 4 (vgl. zu der letzteren Stelle l. 8 pr. D. de contr. emt. 18. 1), s. Windscheid Wirkung der erfüllten Bedingung S. 14—21 (über l. 72 D. de fidei. 46. 1 das. S. 15. 16). Heidelb. krit. Zeitschr. S. 44—47. Daß die rechtlichen Folgen, welche sich aus der durch die bedingte Willenserklärung geschaffenen Gebundenheit vollständig erklären, keinen Beweis für die Rückwirkung enthalten, versteht sich von selbst. 2) Gegen die Rückwirkung hat sich auch mit Energie Schönemann in dem in § 86 Note 2 genannten Aufsatz ausgesprochen; ferner Förster Preuß. Privatrecht I S. 169. 170, und die Inauguraldissertation von A. v. d. Leyen de effectu condicionis existentis (Berlin 1865). Für die Rückwirkung neuerdings Römer bedingte Novation S. 73—84 (über l. 16 D. de accept. s. dens. a. a. O. S. 237 fg.). 3) Seitdem das Vorstehende in der zweiten Auflage geschrieben wurde, haben sich ferner gegen die Rückwirkung erklärt Eisele Arch. f. civ. Pr. L. 14. 15 (1867), Wendt S. 96 fg., und auch Fitting hat sie jetzt für das Justinianische Recht ganz aufgegeben, während er für das classische Recht eine Meinungsverschiedenheit der römischen Juristen annimmt (in seiner Schrift über das castrense peculium S. 265 Anm. 1 [1871]). Im Princip erklärt sich gegen die Rückwirkung auch Hartmann in der Recension der Scheurl'schen Schrift über die Nebenbestimmungen, krit. VJSchr. XIII S. 513 fg. (1871), und mit Ausnahme bedingter Versprechen Ihering Jahrb. f. Dogm. X S 528 Note 16. S. 537. 540 (1870). Dagegen sind für die Rückwirkung wieder eingetreten Scheurl S. 15 fg. 192 fg. (welcher aber die Vermächtnisse ausnimmt), Brinz S. 1447 fg. (ebenso), Köppen Jahrb. f. Dogm XI S. 169 fg. 180 fg. 195 fg. und in der Schrift über den Fruchterwerb des bonae fidei possessor S. 27 fg. (auch bei Vermächtnissen), Dernburg Lehrb. des Preuß. Privatr. I § 89 (ebenso). Die drei zuerst genannten Schriftsteller machen geltend, daß die Bedingung als solche kein Zeitmoment in sich

eingetreten angesehen werden solle. Der erfüllten auflösenden Bedingung kann im Sinne des Urhebers der Willenserklärung im Zweifel keine andere Bedeutung beigelegt werden, als der vereitelten aufschiebenden; für den Fall der Vereitelung der auf-

trage, was ja eben die Frage ist: erklärt nicht derjenige, welcher die Wirkung seiner Willenserklärung von einer erst der Zukunft angehörigen Thatsache abhängig macht, eben damit, daß diese Wirkung erst in der Zukunft eintreten soll? Scheurl betont den Unterschied zwischen Rückwirkung in dem Sinn, daß die zur Zeit des Eintritts der Bedingung eingetretene rechtliche Wirkung als eine in dieser Zeit entstandene in die frühere Zeit zurückübertragen wird, und Rückwirkung in dem Sinne (Rückziehung, wie Scheurl sagt), daß angenommen wird, die Willenserklärung habe gleich von Anfang an wie eine unbedingte gewirkt. Versteht man mit Scheurl die Rückwirkung im ersten Sinne, so fällt weg gegen sie das Argument, welches aus der Thatsache entnommen wird, daß die Gültigkeit der Willenserklärung nicht nach der Zeit ihrer Abgabe, sondern nach der Zeit der Erfüllung der Bedingung beurtheilt wird. Eine besondere Auffassung der Rückwirkung auch bei Köppen a. a. O. Beachtenswerthe Gedanken bei Hartmann a. a. O. a) Ist die Frage, vorausgesetzt daß das Rechtsverhältniß bei schwebender Bedingung richtig gefaßt wird, praktisch so sehr wichtig? b) Muß und kann sie allgemein entschieden werden? Können nicht die Einzelfragen aus dem Parteiwillen oder aus anderen Momenten her jede für sich verschieden zu entscheiden sein? c) Vermag der Parteiwille dingliche Rückwirkung zu begründen? Auf diesen letzteren Punkt habe ich schon seit längerer Zeit in meinen mündlichen Vorträgen aufmerksam gemacht, und vgl. auch unten Note 3 und Text dazu. 4) Seit der 4. Auflage (die dritte war ein im Wesentlichen unveränderter Abdruck der zweiten) haben sich über unsere Frage geäußert Schulin (§ 90 Note 1) S. 32 fg., Adickes a. a. O. S. 91 fg., Karlowa a. a. O. S. 76 fg. Schulin gibt zu, daß ein, wie er sich ausdrückt, mit Bedingung combinirter dies häufiger vorkomme, als eine „reine" Bedingung, und nimmt für die letztere rückwirkende Kraft in Anspruch auf Grund der § 86 Note 3a Ziff. 2. b bezeichneten Auffassung. Dagegen weisen Adickes und Karlowa die Idee der Hereinziehung einer Befristung zurück, und leugnen die rückwirkende Kraft der erfüllten Bedingung, so weit sie dieselbe leugnen, aus dem Grunde, weil erst mit der Erfüllung der Bedingung sich der rechterzeugende Thatbestand vollende. Vollständig wird die rückwirkende Kraft geleugnet von Adickes, während Karlowa sie behauptet für das, was er „Existenz des Rechtsgeschäfts" nennt (§ 82 Note 2), und er das Wesen dieser „Existenz" in der „Gebundenheit", der Parteien sieht, auch für die Wirkung des obligatorischen Rechtsgeschäfts. 5) Wächter hat in den Pandekten I S. 384 fg. 391 fg. seine Ansicht (s. Nr. 1) festgehalten. Ebenso Förster-Eccius I S. 194 fg. und Dernburg Pand. I S. 254 in Verb. mit S. 184. Vgl. jetzt noch Pfaff u. Hofmann Commentar zum österr. Gesetzbuch II S. 553 fg. — Was condiciones iuris angeht, s. die guten Bemerkungen von Enneccerus (über Begriff

schiebenden Bedingung aber ist gar keine rechtliche Wirkung gewollt[2]. Von der anderen Seite läßt sich aus unseren Quellen nicht nachweisen, daß das römische Recht diesem auf die Rückwirkung der erfüllten auflösenden Bedingung gerichteten Willen eine andere als obligatorische Wirkung zugestanden habe. So bleibt also auch nach Erfüllung der auflösenden Bedingung der Zustand der Zwischenzeit an und für sich in derselben Weise rechtlich bestimmt, wie er vom Anfang an bestimmt gewesen ist, und es entsteht nur für den durch die Auflösung der Bedingung Verlierenden die Verpflichtung, den Gegner in denjenigen Zustand zu versetzen, in welchem derselbe gewesen sein würde, wenn die nun aufgelöste rechtliche Wirkung nie für ihn eingetreten wäre[3].

---

und Wirkung der Suspensivbedingung S. 126 fg. (gegen Eisele S. 278 fg., Scheurl S. 194), dann wieder Wendt das bedingte Forderungsrecht S. 18 fg., zuletzt Adickes S. 111 fg. Vgl. auch Fitting Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 313 fg., Hasenöhrl österr. Obligationenrecht I § 38 Note 16. Entscheidungen des RG. II S. 141 fg. (in jeder aufschiebenden Bedingung liegt im Zweifel eine Befristung).

[2] Hiergegen darf auch nicht geltend gemacht werden, daß die auflösende Bedingung ja eigentlich eine aufschiebende sei, also keinen andern Sinn haben könne, als diese (Windscheid die Wirkung der erfüllten Bedingung S. 24); denn auch die aufschiebende kann ja möglicherweise als rückwirkende gewollt sein, und warum sollte, was möglich ist, hier nicht wirklich sein? Ein positiver Beweis für die Rückwirkung liegt darin, daß nach Eintritt der auflösenden Bedingung die Früchte und jeder andere Gewinn der Zwischenzeit an den Rückerwerber herausgegeben werden müssen (Vat. Fr. § 14, l. 4 § 4 l. 6 pr. l. 16 D. de in diem add. 18. 2, l. 5 D. de leg. comm. 18. 3, l. 11 § 10 D. quod vi aut cl. 43. 24, l. 38 § 2. 3 D. de usur. 22. 1). Ein fernerer Beweis ist aus der Zusammenstellung der Erfüllung der auflösenden Bedingung mit der redhibitio (l. 19 D. de usurp. 41. 3, l. 6 § 1 D. de div. temp. praescr. 44. 3), so wie aus l. 2 D. de lege comm. 18. 3 und l. 2 § 1 l. 3 D. in diem add. 18. 2, zu entnehmen.

[3] Die in der vorigen Note angeführten Stellen geben dem Rückerwerber in Betreff des Gewinnes der Zwischenzeit lediglich einen obligatorischen Anspruch, und daß in anderer Beziehung dingliche Rückwirkung eintrete, ist nirgends gesagt. Auf das Unwirksamwerden der Verfügungen der Zwischenzeit darf man sich nicht berufen; dieselbe erklärt sich aus der in § 89 besprochenen Willensgebundenheit vollkommen. Auf der anderen Seite freilich ist auch nicht, wie Fitting Zeitschr. f. Handelsr. II S. 257—259 glaubt, ein Gegenbeweis gegen die dingliche Rückwirkung aus l. 41 pr. D. de R. V. 6. 1 (vgl. Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. IV S. 37) und l. 4 § 3 D. de in diem. add. 18. 2 und l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6 zu entnehmen (endigt

γγ. Wann ist die Bedingung als erfüllt anzusehen?

§ 92.

Die affirmative Bedingung ist erfüllt, wenn dasjenige, was im Sinne und nach dem Willen des sie Setzenden wirklich sein oder werden soll, in der Weise, wie es wirklich sein oder werden soll, wirklich ist oder geworden ist. Die negative Bedingung ist erfüllt, wenn dasjenige, was im Sinne und nach dem Willen des sie Setzenden nicht wirklich sein oder werden soll, nicht wirklich ist beziehentlich es sicher geworden ist, daß es nicht wirklich sein wird[1].

---

ein Recht deßwegen weniger, weil von nun an angenommen wird, es habe nie bestanden?). — Die herrschende Meinung schreibt der erfüllten auflösenden Bedingung rückwirkende Kraft schlechthin zu. Gegen dieselbe haben sich erklärt W. Müller civil. Abhandlungen I S. 294. 303. 313 und Fitting Zeitschr. für Handelsr. II S. 255—259, indem sie jedoch nur die dingliche Rückwirkung, welche freilich allein eine eigentliche ist, bestreiten; s. ferner v. Scheurl krit. Ueberschau V S. 45, Unger II S. 78 Note 76, Vangerow in der 7. Aufl. I S. 150, Arndts in der 5. Aufl. § 71 Anm. 6. Was ich selbst früher über die Frage gesagt habe (Wirkung der erfüllten Bedingung S. 23—30), ist insofern nicht genügend, als ich die lediglich obligatorische Wirkung der Rückziehung nur für den Erwerb der Zwischenzeit hervorgehoben habe. — So weit die erste Auflage. Seit derselben ist die dingliche Rückwirkung der erfüllten auflösenden Bedingung wieder vertheidigt worden von Czyhlarz und von Schulin in den § 90 Note 1 genannten Schriften (1871) S. 64 und S. 37 fg., soweit diese Schriftsteller überhaupt dingliche Wirkung eintreten lassen. Scheurl (§ 86*) S. 238 fg. behauptet Rückwirkung, fügt aber hinzu, daß dieselbe nicht nothwendigerweise dinglich sein müsse, und „namentlich" in Beziehung auf den Gewinn der Zwischenzeit nur obligatorisch sei. Gegen die dingliche Rückwirkung haben sich erklärt: Adickes S. 107, Karlowa S. 97 fg., Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 537 fg. (1870), Köppen das. XI S. 190 fg. (1871), Wendt S. 100. 110 fg., auch gegen die obligatorische Ihering. Es kann daher jetzt nicht mehr gesagt werden, daß für die Rückwirkung schlechthin die herrschende Meinung sei. — Wendt S. 99. 100. 110 sieht in dem hier Gelehrten einen Widerspruch gegen das § 90 Gesagte. Ich nehme an, daß der Verfasser sich seitdem selbst darüber belehrt hat, wie unbegründet dieser Vorwurf ist.

[1] Es muß eine Thatsache eingetreten sein, durch welche die bisherige Möglichkeit der Verwirklichung ausgeschlossen wird. Scheurl S. 157 unt. L. 115 pr. § 1 D. de V. O. 45. 1. Ist die Bedingung auf die Nichtvornahme einer Handlung gestellt, so wird sie in vielen Fällen erst mit dem Tode der betreffenden Person als erfüllt angesehen werden können, § 4 I. de V. O. 3. 15, l. 73 D. de cond. 35. 1; vgl. aber auch l. 72 pr. § 1 l. 101 § 3 l. 106 D. eod. § 92.

Welches der eigentliche Sinn und Wille des die Bedingung Setzenden sei, ist durch Auslegung zu bestimmen[2]. Dabei werden in unseren Quellen besondere Fragen hervorgehoben, so namentlich[3] folgende. Wenn die Bedingung auf eine Handlung des bedingt Berechtigten gestellt ist, und demselben wird diese Handlung ohne seine Schuld unmöglich[4], ist dann im Sinne des die Bedingung Setzenden von der Vollziehung der Handlung abzusehen, und auch ohne dieselbe die Bedingung als erfüllt anzunehmen? Man muß davon ausgehen, daß, wer eine Handlung verlangt, eben die Handlung verlangt, und nicht eine bloße Bereitwilligkeit zur Handlung; durch eine bloße Bereitwilligkeit zur Handlung kann also der Bedingung nicht genügt werden[5]. Wie aber, wenn der-

[2] L. 19 pr. D. de cond. 35. 1. „In condicionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit condiciones". L. 101 pr. eod.: — „cum in condicionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oporteat".

[3] Vgl. außerdem l. 129 D. de V. O. 45. 1, § 11 I. de her. inst. 2. 14, l. 78 § 1 D. de cond. 35. 1; l. 101 § 1 eod.; l. 101 § 2 eod.; l. 11 § 11 D. de leg. III° 32, l. 15 D. quando dies 36. 2, l. 5 C. de don. quae sub modo 8. 54 [55]; l. 68 D. de sol. 46. 3; l. 76 D. de cond. 35. 1, l. 51 § 1 D. de leg. II° 31; l. 2. 10. 11. 19 pr. l. 29. 68. 91 D. de cond. 35. 1, l. 45 § 2 D. de leg. II° 31, l. 8[7] C. de inst. et subst. 6. 25, l. 115 § 2 D. de V. O. 45. 1; l. 23 l. 44 § 8 l. 54 § 1 l. 56 l. 112 § 2 D. de cond. 35. 1, l. 7 [6] C. de cond. inst. 6. 46, l. 13 pr. § 1. 2 D. de manum. test. 40. 4 (Ubbelohde die Lehre von den unheilbaren Obligationen S. 120. 121). Vgl. auch l. 5 § 4 l. 85 § 6 D. de V. O. 45. 1, l. 25 § 13 D. fam. erc. 10. 2, l. 4 § 1 D. de V. O. (§ *Cato*), und dazu Ubbelohde a. a. O. 124—143. Im Uebrigen: Mühlenbruch Forts. von Glück XLI S. 229 fg., Mayer die Lehre von den Legaten und Fideicommissen § 36. 39, Vangerow II § 435 Anm. 1, Wendt S. 129 fg.

[4] Es ist also hier die Rede von der s. g. condicio mixta, d. h. derjenigen, deren Erfüllung nicht rein von dem Willen des Berechtigten (cond. potestativa), und nicht rein vom Zufall abhängt (cond. casualis). Diese Eintheilung findet sich in l. un. § 7 C. de cad. toll. 6. 51.

[5] Die Regel des c. 66 de R. I. in VI°: „cum non stat per eum, ad quem pertinet, quominus condicio impleatur, haberi debet perinde ac si impleta fuisset", ist in dieser Allgemeinheit anerkanntermaßen falsch. Sie ist zwar aus dem römischen Recht entlehnt (l. 23 D. de cond. inst. 28. 7), erhält aber hier ihre Correction durch die genauer redenden Stellen der folgenden Note. Vgl. Seuff. Arch. III. 152. — Es hat keinen Sinn, wenn man lehrt (Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück XLI § 1462 im A., W. Sell Versuche II S. 214. 215. 227. 228), daß wenigstens bei potestativen Bedingungen der ernstliche Wille zur Erfüllung genüge; denn eine wirk-

jenige, welcher handeln soll, wirklich thätig geworden ist, jedoch durch äußere von seinem Willen unabhängige Umstände verhindert wird, die verlangte Handlung zu Stande zu bringen? Hier findet sich für letztwillige Verfügungen anerkannt, daß damit dem Willen des Erblassers genügt sei; man kann dieß so ausdrücken: wenn derjenige, welchem die Handlung als Bedingung gesetzt ist, das Seinige gethan hat, um die Handlung zu Stande zu bringen, so gilt die Bedingung als erfüllt[6]. Jedoch beruht dieser Satz nur auf

liche potestative Bedingung kann durch Zufall gar nicht vereitelt werden. Versteht man aber unter potestativer Bedingung diejenige, bei welcher der eigentliche Wille des Erblassers nur auf die Bereitwilligkeit zur Erfüllung gerichtet ist, so hat man etwas sehr Wahres gesagt, aber auch etwas sehr sich von selbst Verstehendes. Vgl. Fr. Maaßen civil. Erörterungen (1854) S. 3. 4. 20 fg. Ebensowenig haltbar ist die von Anderen (W. Sell Versuche S. 172. 215—227, Mühlenbruch Forts. von Glück XLI S. 221, mir selbst Voraussetzung S. 185 Note 10) aufgestellte Regel, daß (bei der condicio mixta) die Bereitwilligkeit zur Erfüllung wenigstens dann genüge, wenn sie zu einer Zeit, wo die Erfüllung der Bedingung noch möglich war, an den Tag gelegt worden sei. Als Regel (vgl. Note 8) darf es in keiner Wendung behauptet werden, daß der Wille desjenigen, welcher eine Handlung verlangt, auf Bereitwilligkeit zur Handlung gerichtet sei. Maaßen a. a. O. S. 4.

[6] In den Quellen wird dieser Satz für den Fall anerkannt, wo die als Bedingung gestellte Handlung nicht ohne die Mitwirkung eines Dritten vollzogen werden kann, und dieser Dritte seine Mitwirkung versagt. L. 5 § 5 D. quando dies 36. 2. „Item si qua condicio sit, quae per legatarium non stat quominus impleatur, sed aut per heredem. aut per eius personam, in cuius persona iussus est parere condicioni, dies legati cedit, quoniam pro impleta habetur". Vgl. auch l. 78 pr. D. de cond. 35. 1. Beispiele: es soll Jemandem gegeben werden, er verweigert die Annahme; es soll eine gewisse Person geheirathet werden, sie verweigert die Eingehung der Ehe. Diese und andere Beispiele in l. 3. 11. 23 D. de cond. inst. 28. 7, l. 14. 31. 40 pr. l. 84. 101 § 4 D. de cond. 35. 1, l. 30 § 5 D. de leg. III° 32, l. 13 pr. D. de annuis 33. 1, l. 1 C. de inst. et subst. 6. 25, vgl. l. 40 pr. D. de cond. 35. 1. Anders, wenn die betreffende Person vorher stirbt, so daß mit der Handlung gar nicht begonnen werden kann; hier kann man nicht sagen, daß der bedingt Berechtigte das Seinige gethan habe, l. 23 § 2 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 31. 94 pr. l. 112 § 1 D. de cond. 35. 1, l. 20 § 3 D. de statulib. 40. 7, l. 4 C. de cond. ins. 6. 46. Daß die Handlung, welche unter Mitwirkung der dritten Person vollzogen werden soll, in deren Interesse vorgeschrieben sei, ist nicht erforderlich, und so ist die nach dem Vorgange von Savigny (III § 119) von Vielen (z. B. Puchta § 60, Sintenis I S. 176, Wächter I S. 380. Württ. Privatr. II S. 694, Arndts § 69, Brinz S. 1482 fg., im Wesentlichen auch Scheurl S. 160 fg.)

Willensauslegung; es darf angenommen werden, daß wahrscheinlich der Erblasser dieß gewollt habe[7], aber es ist zuzugeben, daß in einem gegebenen Falle die Auslegung auch zu einem andern Resultate führen könne, und zwar sowohl dazu, daß der Wille des Erblassers auf die wirkliche Vollziehung der Handlung, als dazu, daß er auf die bloße Bereitwilligkeit zur Handlung gerichtet gewesen sei[8]. Was Verfügungen unter Lebenden angeht, so

---

aufgestellte Regel: daß die Bedingung als erfüllt gelte, wenn derjenige, auf dessen Vortheil die Erfüllung der Bedingung berechnet sei, darauf freiwillig verzichte, wenngleich richtig, zu enge; es ist auch in den Quellen keine Regel dieses Inhalts ausgesprochen, und namentlich nicht in l. 24 D. de cond. 35. 1 (s. Note 10). Es fragt sich aber, ob nicht wenigstens bei dem Satze stehen geblieben werden solle, daß die Bedingung als erfüllt gelte, wenn die zur Erfüllung nöthige Mitwirkung einer dritten Person versagt werde. Dieß ist die Ansicht von Maaßen a. a. O. S. 5 fg., ebenso Mayer Lehre von den Legaten und Fideicommissen § 38, Wendt S. 147 fg., Arndts § 69 Anm. 2. Meiner Meinung nach aber darf in diesem Satze der Ausdruck der allgemeinen, im Text bezeichneten Regel gefunden werden. So auch Götting Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. I S. 315 fg. Vgl. noch Vangerow II § 435 Anm. 2, Unger österr. Erbrecht § 16 Anm. 16.

[7] L. 23 D. de cond. inst. 28. 7: — „plerumque enim haec condicio 'si uxorem duxerit, si dederit, si fecerit', ita accipi oportet, quod per eum non stet, quominus ducat det aut faciat". Vgl. übrigens auch Scheurl S. 174.

[8] Die letztere Auslegung liegt ganz nahe, wenn auf die Nichtvollziehung der Handlung eine Strafe gesetzt ist, l. 6 pr. l. 101 pr. D. de cond. 35. 1. Wenn ferner als Bedingung das Bleiben bei einer gewissen Person gestellt ist, so ist hier unter Bleiben im Zweifel Nichtverlassen zu verstehen, so daß die Bedingung als erfüllt angesehen werden muß, auch wenn die betreffende Person gestorben ist oder stirbt, l. 20 pr. D. de annuis 33. 1, l. 13 § 1 l. 18 § 1. 2 l. 20 § 3 D. de alim. 34. 1. l. 84 D. de cond. 35. 1. (Gegen die Erklärung dieser Stellen aus der Begünstigung der Alimente spricht l. 10 pr. D. de annuis 33. 1. Vgl. l. 13 § 1 D. eod.) Auch l. 54 § 2 D. de leg. I° 30, deren gerades Gegentheil l. 23 § 2 D. ad leg. Aq. 9. 2 enthält, wird man aus dem präsumtiven Willen des Erblassers erklären müssen, wenn man nicht zu der an und für sich wenig anmuthenden und außerdem durch den Zusammenhang mit § 1 zurückgewiesenen Conjectur Savigny's (III S. 148): mora statt mors greifen will. Ferner gehört hierher l. 39 § 4 D. de statulib. 40. 7 (*ex testamento!* vgl. l. 20 § 3 eod.), vielleicht auch l. 54 § 1 D. de leg. I° 30 und l. 28 pr. D. de cond. 35. 1, von denen wenigstens die erste (l. 54 § 1 D. de leg. I°) einen anderen Gesichtspunkt zu verfolgen scheint (vgl. § 2 eod.), als l. 72 § 4 D. de cond. 35. 1. (Die besondere Behandlung der Bedingung der Freilassung beruht nicht mehr auf Willensauslegung, sondern

enthalten die Quellen keine Entscheidung der aufgeworfenen Frage, und es erscheint äußerst bedenklich, die im Vorstehenden bezeichnete Regel auf sie zu übertragen[9]. —

Nicht auf Willensauslegung, sondern auf positiver Rechtsvorschrift beruht die Regel, daß die Bedingung als erfüllt anzusehen ist, wenn ihre Erfüllung unredlicher Weise durch denjenigen gehindert wird, welcher an ihrer Nichterfüllung Interesse hat[10].

---

auf positiver Rechtsvorschrift [constitutum ius], Ulp. II. 6, l. 3 pr. l. 4 § 2 l. 20 § 3 l. 28 pr. D. de statul. 40. 7, l. 55 pr. D. de manum. test. 40. 4, l. 94 pr. D. de cond. 35. 1, l. 6 [7] C. de cond. ins. 6. 46.) Vgl. auch Vangerow II § 435 Anm. 2 Nr. 2, Mayer Lehre von den Legaten und Fideicommissen § 38 Note 7. 8, Scheurl S. 174 fg., Wendt S. 149 fg.

[9] Doch kann die Frage aufgeworfen werden, ob nicht den letztwilligen Verfügungen die Schenkungen gleichzustellen seien, da dieselben gleich jenen eine Liberalität enthalten. Daß in der That diese Liberalität der Grund ist, warum bei letztwilligen Verfügungen eine freiere Auslegung gestattet wird, dafür enthält einen Beweis l. 7 D. de fideic. lib. 40. 5, welche in einem Falle, wo die letztwillige Verfügung eine Liberalität ausnahmsweise nicht enthält, den wirklichen Vollzug der Handlung verlangt. Zwar handelt die Stelle nicht von einer Bedingung, sondern von einer Voraussetzung; aber die Uebertragung ihrer Entscheidung auf die Bedingung ist erlaubt, nicht nur wegen der Verwandtschaft zwischen Voraussetzung und Bedingung im Allgemeinen, sondern auch speciell deßwegen, weil, wo die letztwillige Verfügung eine Liberalität wirklich enthält, die Voraussetzung in der hier fraglichen Beziehung behandelt wird, wie die Bedingung (§ 100 Note 7). — Wenn aber gesagt wird, daß die im Texte aufgestellte Regel auf Willenserklärungen unter Lebenden nicht ohne Weiteres übertragen werden dürfe, so ist damit nicht ausgeschlossen, daß unter besonderen Umständen auch bei ihnen die Auslegung zu dem Resultate führen könne, daß nicht der wirkliche Vollzug der als Bedingung gesetzten Handlung gewollt sei, wie man denn namentlich in dem Falle, wo diese Handlung auf den Vortheil eines Anderen gerichtet ist, bei Verzicht desselben die Bedingung als erfüllt allerdings wird annehmen müssen. Es ist nicht glaublich, daß ihm der Vortheil habe aufgedrängt werden sollen. — Vgl. zu dem hier Gesagten Vangerow II § 425 Anm. 2 Nr. 1 a. E., Scheurl S. 168 fg.

[10] L. 161 D. de R. I. 50. 17. „In iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat quominus impleatur, perinde haberi ac si impleta condicio fuisset". Die l. 161 cit. (Ulpian) wiederholt in bestimmterem Ausdruck eine von einem früheren Juristen (Julian) herrührende Stelle, l. 24 D. de cond. 35. 1, in welcher daher zweifelsohne mit der Vulgata *non* impleri gelesen werden muß. Vgl. aber auch Vangerow I § 84, Scheurl S. 167. Außer den genannten Stellen s. noch l. 50 D. de contr. emt. 18. 1, l. 85 § 7 D. de V. O. 45. 1; Ulp.

γ. Besonderes in Betreff besonderer Bedingungen.

§ 93.

Wenn als Bedingung gesetzt wird, daß derjenige, dessen Willen durch die Willenserklärung unterworfen werden soll, die Unterwerfung wollen sollte, so wird sein Wille gar nicht unterworfen. Es tritt gegen ihn nicht nur diejenige Willensunterworfenheit nicht ein, welche die Willenserklärung als unbedingte zur Folge gehabt haben würde, sondern überhaupt keine; er ist in jeder Beziehung ungebunden. Die Willenserklärung ist also ohne alle rechtliche Bedeutung, sie ist rechtlich wie nicht geschehen; sie ist nichtig. Wird hinterher das Wollen der Unterwerfung ausgesprochen, so ist es diese neue Willenserklärung, welche die rechtliche Wirkung hervorruft, nicht die früher abgegebene. Dieß gilt in gleicher Weise von Willenserklärungen unter Lebenden[1] und

---

II. 5, l. 3 § 9 D. de cond. c. d. 12. 4, l. 66. 81 § 1 D. de cond. 35. 1, l. 5 § 5 D. quando dies 36. 2, l. 3 § 3 l. 38 D. de statul. 40. 7. L. 38 cit.: „Non omne ab heredis persona interveniens impedimentum statulibero pro expleta condicione cedit, set id duntaxat, quod impediendae libertatis factum est". Vgl. Wächter I S. 381. 382. Württ. Privatr. II S. 694. 695, Mayer Lehre von den Legaten und Fideicommissen § 38 Note 1. 2. § 39 Note 23, Scheurl S. 163 fg. 171 fg., Wendt S. 143 fg., auch Jhering Jahrb. f. Dog. X S. 463. Seuff. Arch. IV. 97. X. 128, XXIII. 13, XXXII. 300, XXXVI. 9, XXXVI. 179 (RG.), vgl. XXVIII. 104. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock VII S. 36—47.

§ 93. [1] L. 8. D. de O. et A. 44. 7, l. 17. 46 § 3 l. 108 § 1 D. de V. O. 45. 1, l. 7 pr. D. de contr. emt. 18. 1, l. 13 C. eod. 4. 38. L. 46 § 3 cit. „Illam autem stipulationem, 'si volueris dari', inutilem esse constat". L. 108 § 1 cit. „Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit". L. 7 pr. cit. . . „neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus". — Aber der obligatorische gegenseitige Vertrag wird dadurch nicht vollständig nichtig, daß der eine der Contrahenten sich unter einer solchen Bedingung verpflichtet hat. Dieser Contrahent ist zwar nicht gebunden, aber deßwegen nicht auch der Andere nicht. Denn die Obligationen, welche ein solcher Vertrag erzeugt, sind nicht in der Weise von einander abhängig, daß die eine nicht ohne die andere be- oder entstehen könnte, sondern jede von ihm erzeugte Obligation besteht getrennt von der andern, nur kann keine der Parteien Erfüllung verlangen, ohne ihrerseits zu leisten, was sie versprochen hat (vgl. II § 321 Note 2. 22. 24 § 387 Note 3. In diesem Sinne wird namentlich die Gültigkeit des s. g. Kaufs auf Probe in den Quellen als durchaus unzweifelhaft behandelt, § 4 I. de

von Todeswegen[2], von aufschiebenden und auflösenden Bedingungen[3].[3a]. Auch das macht keinen Unterschied, ob die Bedingung ausdrücklich, auch den Worten nach, auf das Wollen, die Willkür, das Belieben desjenigen, dessen Wille unterworfen werden

emt. 3. 23. Savigny III § 117. i sieht in derselben eine „ganz einzelne Ausnahme"; ebenso, mit selbständiger Begründung, Bechmann Kauf II S. 226 fg. Andere haben nach anderen Wegen gesucht, um dieselbe mit der hier besprochenen Regel in Einklang zu bringen; es ist dieser Punkt eine Zeit lang auf das Lebhafteste verhandelt worden. S. Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. I S. 226—279, Fitting das. II S. 226—240 und V S. 79 fg. Arch. f. civ. Pr. XLVI S. 260 fg., Unger Zeitschr. f. Handelsr. III S. 386 fg., Brinz S. 1469, Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 336 fg., Scheurl S. 92. 216, Oijens koop en verkoop op de proef (Leiden 1872) p. 18 ff., und unten Note 4 und 6. Wie hier Arndts § 301 Anm. 5, Oijens l. c. p. 34 ff., Wendt Reuverträge S. 73 fg., Puntschart die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Privatr. S. 187 fg, Seuff. Arch. XXIX. 216.

[2] L. 43 § 2 D. de leg. I° 30, l. 11 § 7 D. de leg. III° 32, l. 46 § 3 D. de fideic. lib. 40. 5.

[3] Ist daher einem Kaufvertrage die Bedingung hinzugefügt worden 'nisi emtori displicuisset res', und der Käufer macht hinterher von dem ihm eingeräumten Rechte Gebrauch, so werden dadurch die von ihm in der Zwischenzeit über die Sache getroffenen Verfügungen nicht unwirksam, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6. Der Käufer war (in Betreff der Wiederauflösung des Vertrags) gar nicht gebunden; die Sache fällt an den Verkäufer zurück nicht kraft der früheren Willenserklärung des Käufers, sondern kraft seiner jetzigen. Windscheid Arch. f. civ. Pr. XXXV S. 54. S. auch Scheurl S. 233 fg. Fitting Zeitschr. f. Handelsr. II S. 240 fg. nimmt an, daß eine solche Bedingung nur obligatorisch wirke (dagegen Scheurl S. 240), Dernburg Pfandr. I S. 215, daß sie sich nur auf den obligatorischen Vertrag, nicht auf die Tradition beziehe, Vangerow III S. 437 unt. in der 7. Aufl. mit den daselbst Genannten, daß der Käufer durch die über die Sache getroffene Verfügung sein Gefallen erkläre, Czyhlarz zur Lehre von der Resolutivbedingung S. 60 fg., daß die Entscheidung der l. 3 cit. gegen die Rechtsconsequenz sei und sich nur aus der Anwendung der Grundsätze von der Redhibition erkläre (vgl. II § 387 Note 7). Bloß obligatorische Wirkung nimmt auch Wendt a. a. O. S. 121 fg. an (welcher übrigens in dem pactum displicentiae eine Resolutivbedingung nicht sieht).

[3a] Daß die auf das nackte Wollen gestellte Bedingung die Willenserklärung zu einer rechtlich bedeutungslosen mache, was im Uebrigen allgemein anerkannt wird, ist neuerdings bestritten worden von Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 245—254, abgesehen von Stipulation und Vermächtniß, für welche die Nichtigkeit Specialrecht sei. Köppen hat wie es scheint l. 7 pr. D. de contr. emt. 18. 1 und l. 13 C. eod. 4. 38 übersehen. Köppen zieht aus seiner Aufstellung die Consequenz, daß in dieser Weise die Form gewahrt

soll, gestellt ist, oder ob sie nur ihrem Sinne nach darauf geht[4]. — Anders ist es, wenn als Bedingung eine Handlung desjenigen gesetzt wird, dessen Wille unterworfen werden soll (genauer: eine andere Handlung, als die Erklärung des Wollens, daß die Willensunterwerfung eintreten solle), mag es auch ganz in seinem Belieben stehen, ob er diese Handlung vornehmen will oder nicht. Das Resultat ist zwar auch hier, daß die durch die Willenserklärung zu begründende

---

und (nach dem Rechte der Rückziehung) dem Willen von einem früheren Zeitpunkt an, als der seines wirklichen Eintritts, Wirksamkeit gegeben werden könne.

[4] Das Gegentheil behauptet Fitting (Note 1 a. E.); nach ihm soll nur dann Nichtigkeit der Willenserklärung eintreten, wenn die Bedingung auch ihrem Wortlaute nach auf das reine Wollen des zu Bindenden gestellt sei. Fitting sucht in dieser Weise die Gültigkeit des Kaufs auf Probe zu rechtfertigen (Note 1); die dem Käufer vorbehaltene Erklärung gehe ihrem Sinne nach freilich darauf, ob er gekauft haben wolle, aber ihrem Wortlaute nach nur darauf, ob ihm die gekaufte Sache genehm sei. Ist das in Note 1 Gesagte richtig, so ist die Schwierigkeit, welcher Fitting durch seine Annahme entgehen will, beseitigt. Unter den übrigen Argumenten, auf welche er sich beruft, scheinen mir ohne Gewicht l. 7 pr. D. de contr. emt. 18. 1 (s. Note 6 a. E.) und l. 11 § 5 D. de leg. III° 32 (zwar die Verfügung des Erblassers: du sollst, wenn du nicht Nein sagst, enthält einen Widerspruch in sich selbst, aber keinen Widerspruch enthält die Verfügung: du sollst, wenn du nicht sofort Nein sagst), von geringem l. 69 [68] D. de her. inst. 28. 5 l. 52 D. de cond. 35. 1 (bei der Erklärung: der Sache nach kann das Vermächtniß auf den Willen gestellt werden, aber nicht der Form nach, kann unsere Auffassung sehr gut bestehen), von größerem l. 46 § 2 D. de V. O. 45. 1. Aber auch in Betreff dieser Stelle ist zu erwägen, daß wer bloß das Wann in das Belieben des Verpflichteten stellt (die Stelle handelt von einer Stipulation mit der Hinzufügung: cum volueris), damit nicht das Ob von seinem Belieben abhängig gemacht haben will, und daß, wenn der Verpflichtete durch die fortwährende Berufung darauf, daß er jetzt noch nicht zu leisten brauche, sich praktisch allerdings zu einem Ungebundenen machen kann, er doch nach dem eigentlichen Willen des ihm die Verpflichtung Auferlegenden nicht ungebunden sein soll. Diesen eigentlichen Willen hat man bei Stipulationen gegenüber dem Wortlaut der Willenserklärung nicht zur Geltung bringen zu dürfen geglaubt; bei Fideicommissen hat man es gethan (l. 11 § 6 l. 41 § 13 D. de leg. III° 32), durch eine Interpretation, welche man dann freilich doch wieder consequent durchzuführen nicht den Muth gehabt hat (l. 11 § 6 cit. am Schluß). Jedenfalls halte ich die l. 46 § 2 cit. nicht für ausreichend, um zu dem Glauben an einen Cultus des Wortes zu bekehren, dessen innere Berechtigung mir durch die Ausführungen Fittings (Zeitschr. V S. 148 fg. Arch. S. 273—275) nicht einleuchtender geworden zu sein scheint.

Willensunterworfenheit nur dann eintritt, wenn er will; aber immerhin ist das Eintreten dieser Wirkung nicht davon abhängig gemacht, daß er dieses Eintreten, sondern davon, daß er etwas Anderes wollen sollte. Das Wollen dieses Anderen muß er unterlassen, wenn er nicht will, daß die rechtliche Wirkung eintreten soll; er ist nicht ungebunden. Die Willenserklärung ist daher in diesem Falle nicht nichtig; wenn hinterher das als Bedingung gesetzte Wollen eintritt, ist sie es, auf welcher die nun entstandene Wirkung beruht, und die Folgen der Willensgebundenheit treten sofort ein, wie bei jeder anderen bedingten Willenserklärung (§ 89 a. E.)[5]. Nur

---

Und das gerade hier, in der Lehre von Bedingung, Kauf, letztwilliger Verfügung! Was Stipulationen angeht, s. u. a. l. 41 pr. l. 81 pr. l. 94 111 D. de V. O. 45. 1. Gegen Fitting auch Unger österr. Erbrecht § 57 Anm. 1, Vangerow II § 432 Anm. Nr. 1, Wendt Neuverträge S. 64 fg., Bechmann Kauf II S. 214, Arndts Forts. von Glück XLVI S. 352—355, Oijens (Note 1) p. 23 fg.; für Fitting Dernburg Preuß. Privatr. I § 92, der aber den behaupteten römischen Satz nicht aus inneren Gründen rechtfertigen, sondern historisch erklären will (anders jetzt Pand. I S. 248).

[5] Der Beweis für das im Texte Gesagte ist enthalten einmal in der unbestrittenen Gültigkeit der Versprechens einer Strafe für den Fall eines Thuns oder Unterlassens, sodann, was letztwillige Verfügungen angeht, in l. 3 D. de leg. II° 31. „Si ita legatur 'heres dare damnas esto, si in capitolium non ascenderit', utile legatum est, quamvis in potestate eius sit, ascendere vel non ascendere". Vgl. Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 300 fg. Schwierigkeit macht jedoch l. 43 § 2 D. de leg. I° 30 („Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest"), indem nämlich hier, wenn die Stelle mit dem übrigen Inhalt der Compilation in Einklang stehen soll, unter voluntas Willkürhandlung verstanden werden muß, da nach l. 52 D. de cond. 35. 1, vgl. l. 69 [68] D. de her. inst. 28. 5, das Vermächtniß auf den bloßen Willen auch nicht eines Dritten gestellt werden kann. Die Stelle aus dem Verbote des legatum poenae nomine relictum zu erklären (vgl. Vangerow II § 432 Anm. Nr. 1), erscheint, namentlich auch wegen l. 2. D. de his quae poenae 34. 6, sehr bedenklich. Viele nehmen an, daß der Verfasser der l. 43 § 2 cit., Ulpian, in Betreff der Zulässigkeit der Abhängigmachung eines Vermächtnisses von dem reinen Willen eines Dritten allerdings seine eigene Meinung gehabt habe, indem sie sich dafür noch auf l. 1 pr. D. de leg. II° 31 und l. 46 § 2 D. de fideic. lib. 40. 5 berufen, welche Stellen doch auch eine andere Erklärung gestatten (s. III § 633 Note 17). Vgl. Mayer Lehre von den Legaten und Fideicommissen § 31 Note 2. 12, Unger Zeitschr. f. Handelsr. III S. 399—404, Fitting das. V S. 199 Note 44. S. 168 fg., Unger österr. Erbrecht § 57 Anm. 2. Von Anderen wird der im Text auf-

muß nicht die Bedingung des Handelns (des Wollens von etwas Anderem) eine bloße Verkleidung des Wollens (des Wollens der rechtlichen Wirkung der Willenserklärung) sein; der Urheber der Willenserklärung muß das zur Bedingung gestellte Handeln als ein von selbständigen Erwägungen abhängiges, nicht als einen bloßen Ausdruck des Willens, daß die fragliche rechtliche Wirkung eintreten solle, angesehen haben[6]. Von der andern Seite ist es möglich, daß die Bedingung des Wollens ihrem wahren

gestellte Satz ganz geleugnet, und die Behauptung aufgestellt, daß die auf eine Handlung des bedingt Verpflichteten gestellte Bedingung die Willenserklärung immer in gleicher Weise ungültig mache, wie die auf das bloße Wollen gestellte. Vgl. Sintenis I § 20 Note 45, Fitting Zeitschr. f. Handelsr. V S. 120. 124, auch Gerber Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde ꝛc. § 28—30, Wendt Neuverträge S. 64 fg. Im Allgemeinen: Glück XXXIII S. 446 fg., Arndts Forts. von Glück XLVI S. 355 fg.

[6] Regelsberger zur Lehre vom Altersvorzuge der Pfandrechte § 17. Dawider Fitting Zeitschr. f. Handelsr. V S. 124—126. 139. — Wie ist es, wenn als Bedingung nicht ein Handeln, sondern eine rein innerliche Bestimmtheit der betreffenden Person, z. B. ein Gefallen, ein Zufriedensein mit Etwas gesetzt wird? Wird eine solche Bedingung ihrem Wortlaute nach genommen, so bringt sie in die Willenserklärung ebenso wenig einen Widerspruch, wie die Bedingung des Handelns, da sie auf etwas Anderes geht, als auf das Wollen der durch die Willenserklärung zu begründenden rechtlichen Wirkung. Eine andere Frage aber ist, ob sie ihrem Wortlaute nach genommen werden darf, ob sie nicht nach der Meinung des Urhebers der Willenserklärung als auf die keiner weiteren Controle unterliegende Erklärung des Gefallens, des Zufriedenseins, gerichtet verstanden werden muß, wie dieß gerade in Betreff der Bedingung si placuerit (res emta) gegen Unger Zeitschr. f. Handelsr. III S. 7 fg. in Vertheidigung der herrschenden Meinung Fitting das. V S. 86 fg. ausführt. Ist dieß der Fall, so ist die Bedingung in der Wirklichkeit auf das reine Belieben des zu Bindenden gestellt. In diesem Sinne ist auch zu verstehen l. 7 pr. D. de contr. emt. 18. 1 (Verkauf eines Sclaven, 'si rationes domini computasset arbitrio'; ist das arbitrium als reines arbitrium zu fassen, so kann der Herr zu jeder Zeit sagen, die Rechnung sei nicht gelegt, wie er wolle, selbst wenn er dieselbe ausdrücklich gut geheißen hat; wer weiß, ob er das nicht aus Mitleid, in Schenkungsabsicht ꝛc. ꝛc. gethan hat). — Scheurl S. 92. 216 ist der Meinung, daß die Bedingung si placuerit zwar auf das Gefallen des Käufers gehe, daß derselbe sich aber im Falle des Gefallens seiner Verbindlichkeit durch eine Lüge entziehen könne. Soll dieß heißen, daß der Beweis des Gefallens gegen ihn nicht möglich sei, so geht in der That die Bedingung nicht auf sein Gefallen, sondern auf seine Willkür. Auch l. 15 D. de cond. inst. 28. 7, auf welche Stelle sich Scheurl beruft, kann hieran nichts ändern. Vgl. auch Wendt

Sinne nach nicht sowohl auf die reine Willkür, als vielmehr auf das vernünftige und billige Ermessen geht; da dieses ein objectiv zu bestimmendes ist, so enthält sie dann eine Bindung des Willens, wie jede andere[7].

Einen Widerspruch in die Willenserklärung bringen auch die s. g. perplexen (widersinnigen) Bedingungen, d. h. diejenigen, welche eine Thatsache verlangen, mit welcher das Bestehen der gewollten rechtlichen Wirkung unverträglich ist; auch sie machen daher die Willenserklärung nichtig[8].

§ 94*.

Unmögliche Bedingungen schließen ihrem Begriffe nach die Wirksamkeit der Willenserklärung sogleich definitiv aus (§ 87). Das römische Recht hat ihnen jedoch diese Wirkung nur bei Willenserklärungen unter Lebenden gelassen[1]; was Willenserklärungen von Todeswegen angeht, so ist die Ansicht durchgedrungen, daß bei ihnen unmögliche Bedingungen als nicht hinzugefügt anzusehen seien[2]. Die näheren Regeln für diesen Satz sind folgende.

Neuverträge S. 62 fg., Bechmann Kauf II S. 217 fg. — HGB. Art. 339. Vgl. II § 387 Note 6.

[7] L. 7 pr. D. de contr. emt. 18. 1, l. 75 pr. D. de leg. I° 30, l. 11 § 7 D. de leg. III° 32, l. 22 D. de manum. test. 40. 4, l. 41 § 4 l. 46 pr. § 3 D. de fideic. lib. 40. 5, l. 22 § 1 D. de R. I. 50. 17. Fitting Zeitschr. f. Handelr. V S. 91—95. 141. Vgl. Seuff. Arch. XXXIV. 286. Entscheid. des Reichsger. I S. 338 fg.

[8] L. 16 D. de cond. inst. 28. 7. „'Si Titius heres erit, Seius heres esto; si Seius heres erit, Titius heres esto'. Iulianus inutilem esse institutionem scribit, cum condicio existere non possit". L. 39 D. de manum. test. 40. 4. Vgl. l. 88 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. Scheurl S. 281 fg. Fitting Arch. f. civ. Pr. LVI S. 423 fg.

* W. Sell die Lehre von den unmöglichen Bedingungen (Versuche im Gebiete des Civilrechts, 2. Theil, 1834). Mühlenbruch Fortf. von Glück XLI S. 79 fg. 130 fg. Mayer die Lehre von den Legaten und Fideicommissen § 33—35 (1854). Scheurl S. 262—299.

[1] § 11 I. de inut. stip. 3. 19, l. 9 § 6 D. de R. C. 12. 1, l. 1 § 11 l. 31 D. de O. et A. 44. 7, l. 7. 137 § 6 D. de V. O. 45. 1, l. 29 D. de fidei. 46. 1. § 94.

[2] Gai. III. 98, § 10 I. de her. inst. 2. 14, l. 16 i. f. D. de iniusto 28. 3, l. 20 pr. D. de cond. inst. 28. 7, l. 3 l. 4 § 1 D. de cond. 35. 1. Gaius l. c.: — „legatum sub impossibili condicione relictum nostri praeceptores proinde valere putant, ac si ea condicio adiecta non esset;

Er gilt nur für diejenigen Bedingungen, deren Erfüllung sogleich anfänglich zur Zeit der Willenserklärung unmöglich ist, nicht für solche, deren Erfüllung erst hinterher unmöglich wird[3], und nur für diejenigen, deren Erfüllung bleibend, nicht für diejenigen, deren Erfüllung bloß zur Zeit der Willenserklärung unmöglich ist[4]. Von der anderen Seite gilt er nicht bloß für absolut unmögliche Bedingungen, d. h. für solche, deren Erfüllung unter allen Umständen unmöglich ist, sondern auch für relativ unmögliche, d. h. für solche, deren Erfüllung nur deßwegen unmöglich ist, weil es in dem gegebenen Fall an den erforderlichen Voraussetzungen ihrer Erfüllung fehlt[5]; ja auch solche Bedingungen, deren Erfüllung zwar an und für sich möglich, aber mit außerordentlichen, unter gewöhnlichen Verhältnissen nicht zu überwindenden Schwierigkeiten verbunden ist, werden den unmöglichen gleichgestellt[6]. Ferner macht es keinen Unterschied, ob die Erfüllung der Bedingung nie möglich gewesen, oder nur vor der

---

diversae scholae auctores non minus legatum inutile existimant, quam stipulationem. Et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest". L. 3 cit. (Ulpianus). „Obtinuit, impossibiles condiciones testamento adscriptas pro nullis habendas". Wie das zu denken sei, darüber Sell S. 38 fg., Mühlenbruch S. 79 fg., Savigny III § 124, Mayer § 33 Note 10. 11. Fitting Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 322, derſ. über die ſ. g. Turiner Institutionenglosse (1870) S. 20, Scheurl S. 267 fg. 337 fg, Enneccerus Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung S. 116 Anm. 128.

[3] S. § 92.

[4] L. 58 D. de cond. 35. 1. „Si ancillae alienae 'cum ea nupsisset' legatum sit, Proculus ait, utile legatum esse, quia possit manumissa nubere". Nur muß es nicht unerlaubt sein, eine Veränderung der betreffenden Art zu erwarten, vgl. l. 35 § 1 l. 83 § 5 l. 137 § 6 D. de V. O. 45. 1, l. 34 § 2 D. de contr. emt. 18. 1. Ueber die verschiedenen Ansichten ſ. Sell S. 58 fg., Savigny III S. 167, Mayer § 33 Note 15, Wächter I S. 371 fg. Württemb. Privatr. II § 96 Note 8. 9, Vangerow II § 334 Anm. 1 Nr. I. 2. b, Unger § 82 Noten 88—92, Brinz 1. Aufl. S. 1464, Scheurl S. 285 fg. Vgl. auch Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 123 fg.

[5] Z. B. für die Bestimmung eine bestimmte Person zu heirathen, wenn dieselbe bereits gestorben ist, l. 43 D. de her. inst. 28. 5, l. 104 § 1 D. de leg. I° 30, l. 6 § 1 l. 72 § 7 D. de cond. 35. 1, l. 26 § 1 D. de statulib. 40. 7.

[6] Savigny (III S. 165) nennt sie passend unerschwingliche Bedingungen. L. 6 D. de cond. inst. 28. 7, cf. l. 4 § 1 D. de statul. 40. 7. Vgl. Scheurl S. 271 fg., Wendt S. 153 fg.

Willenserklärung unmöglich geworden ist[7], und ebenso wenig, ob der Verfügende die Unmöglichkeit gekannt hat, oder nicht[8].

Wie die unmöglichen Bedingungen werden auch die unerlaubten Bedingungen behandelt, d. h. diejenigen, durch welche die Willenserklärung einen unerlaubten oder doch mißbilligten Inhalt annimmt; auch sie machen Willenserklärungen unter Lebenden sogleich definitiv unwirksam, während sie bei Willenserklärungen von Todeswegen als nicht hinzugefügt angesehen werden[9]. In

[7] L. 6 § 1 D. de cond. 35. 1.

[8] Savigny S. 191—192. Dieß ist nicht unbestritten. Es findet sich sowohl die Behauptung, daß die Kenntniß des Testators von der Unmöglichkeit der Erfüllung, als die entgegengesetzte, daß seine Unkenntniß (überhaupt oder bei relativ unmöglichen Bedingungen) Unwirksamkeit der Verfügung zur Folge habe. Ueber und gegen das Letzte s. Sell S. 80 fg., Mühlenbruch S. 173 fg., Mayer § 33 Note 8. 9, Vangerow II § 434 Nr. I. 2. a. Das Erste wird jetzt von Scheurl S. 271 fg. vertheidigt, mit Berufung auf l. 4 § 1 D. de statulib. 40. 7, aus welcher Stelle Scheurl den Satz herleitet, daß bei Kenntniß des Erblassers von der Unmöglichkeit der hinzugefügten Bedingung keine Festigkeit des Willens angenommen werden dürfe. Es ist diese Aufstellung doch außerordentlich bedenklich gegenüber der unterschiedslosen Bestimmtheit, mit welcher in den Quellen die Gültigkeit der unter einer unmöglichen Bedingung gemachten letztwilligen Verfügung gelehrt wird, und namentlich in Betracht des in den Quellen gebrauchten Beispiels si digito caelum tetigerit. So erscheint es empfehlenswerther, mit Savigny S. 203 Note 1 in l. 4 § 1 cit. einen Nachklang der Proculianischen Ansicht zu sehen, obgleich dagegen allerdings, wie Scheurl mit Recht hervorhebt, Paul. sent. III. 4b. § 1 spricht. Andere (Sell S. 262 fg., Mühlenbruch S. 134 fg., Mayer § 33 Note 17, Vangerow § 434 Anm. 1 Nr. II. 3) leiten aus l. 4 § 1 cit. den Satz her, daß, wenn es bei einer unmöglichen Bedingung an der Festigkeit des Willens fehle, die Verfügung ungültig sei, was sehr richtig ist, aber nicht weiter bringt. Wendt S. 153 fg. macht geltend, die Bedingung der l. 4 § 1 cit. sei keine unmögliche. Aber jedenfalls geht ihr Entscheidungsgrund: quia nec animus dandae libertatis est auch auf die unmögliche Bedingung.

[9] Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Unerlaubtheit ihren Grund in einer Sitten- oder in einer Rechtsvorschrift hat. L. 9. 14. 15 D. de cond. inst. 28. 7; l. 123. 137 § 6 (*vv.* vel id facere ei non liceat) de V. O. 45. 1. — Eine unerlaubte Bedingung (turpis condicio) ist also nicht eine solche, die auf etwas Unerlaubtes gerichtet ist. Es kommt nicht auf den Inhalt der Bedingung an, sondern auf den Inhalt der bedingten Willenserklärung. Die auf etwas Unerlaubtes gerichtete Bedingung ist vollkommen erlaubt, wenn die bedingte Willenserklärung auf das Unerlaubte eine Strafe setzt, l. 121 § 1 D. de V. O. 45. 1, l. 1. 2 C. si manc. 4. 56. Um so weniger ist es

dem bezeichneten Sinne unerlaubt sind diejenigen Bedingungen, welche auf das verbotene Verhalten einen Vortheil setzen[10], oder auf das gebotene einen Nachtheil[11]; aber auch diejenigen, welche auf das gebotene Verhalten einen Vortheil setzen, gehören dann hierher, wenn sich Jemand ein gebotenes Verhalten abkaufen läßt[12]. Ferner gehören hierher diejenigen Bedingungen, durch welche in ungehöriger Weise auf die Freiheit des Entschlusses in Dingen eingewirkt wird, in welchen der Mensch sich durch äußere Motive nicht soll bestimmen lassen[13]; sodann die Bedingungen,

gerechtfertigt, wie früher gebräuchlich war, die besondere Behandlung der unerlaubten Bedingung darauf zurückzuführen, daß sie eigentlich eine unmögliche (sittlich unmögliche) sei. Ihre Veranlassung hat diese Auffassung in dem schönen Spruche Papinians, welchen er durch seinen Tod besiegelt hat: „quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est", l. 15 D. de cond. inst. 28. 7. Vgl. Arndts Beiträge S. 172 fg., Savigny III S. 169—172, Vangerow I § 93 Anm. 3 Nr. III, Brinz 1. Aufl. S. 1464 fg., Fitting Arch. f. civ. Pr. LVI S. 399 fg., Ravit das. LVIII S. 1 fg.

[10] L. 123 D. de V. O. 45. 1, Paul. sent. III. 4[B] § 2, l. 8 § 1 D. de usu 7. 8, l. 9. 27 pr. D. de cond. inst. 28. 7, l. 5 C. de inst. et subst. 6, 25, l. un. C. de his quae poenae 6. 41.

[11] L. un. C. de his quae poenae 6. 41. Savigny III S. 176.

[12] L. 7 § 3 D. de pactis 2. 14. Arndts a. a. O. S. 178, Savigny III S. 176—179, Wächter Württemb. Privatr. § 96 a. E.

[13] Aus diesem Gesichtspunkt wird in den Quellen für ungültig erklärt das Versprechen einer Strafe unter der Bedingung, das man eine bestimmte Ehe nicht eingehen, oder daß man von seinem Scheidungsrechte Gebrauch machen sollte, l. 71 § 1 D. de cond. 35. 1, l. 134 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 19 eod., l. 2 C. de inut. stip. 8. 38 [39]; ferner das Versprechen einer Belohnung unter der Bedingung des Eingehens einer bestimmten Ehe, l. 97 § 2 D. de V. O. 45. 1 (Savigny III § 123 i). Nicht ebenso gilt für unzulässig das Aussetzen eines testamentarischen Vortheils für den Fall eines bestimmten Verhaltens in Ehesachen, so daß also die betreffende Bedingung nicht erlassen wird, l. 71 § 1 cit.: „aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri, aliud ad testamentum (*Momms.*: ad id testamento) certa lege invitari", l. 63. 64 eod.: mit Ausnahme jedoch (vgl. auch die folgende Note) des Falles, wo ein Vortheil unter der Bedingung der Ehescheidung ausgesetzt wird, weil sich hier der Gesichtspunkt der Unsittlichkeit einmischt, l. 8 § 1 D. de usu 7. 8, l. 5 C. de cond. inst. 6. 25. Savigny III S. 180—184, Ravit S. 55 fg. Vgl. auch Seuff. Arch. XXXV. 134. — Aus demselben Gesichtspunkt wird die einer testamentarischen Verfügung hinzugefügte Bedingung der Wahl eines bestimmten Aufenthalts-

welche eine Beförderung der Eheloſigkeit enthalten[14]; und endlich die Bedingung, daß der letztwillig Bedachte irgend eine zukünftige Leiſtung vorher eidlich verſpreche[15].[15a]

Die hier bezeichnete beſondere Behandlung der unmöglichen und unerlaubten Bedingungen bei Willenserklärungen von Todeswegen iſt aber daran geknüpft, daß die letztwillige Verfügung, wie gewöhnlich, ſo auch im gegebenen Falle, wirklich eine Liberalität enthalte[16]. Daraus folgt im Beſonderen, daß, wenn die unmög-

ortes geſtrichen, arg. l. 71 § 2 D. de cond. 35. 1 (Seuff. Arch. XXIV. 131), ſowie das Verſprechen einer Conventionalſtrafe für den Fall, daß nicht in einer gewiſſen Weiſe über den Nachlaß verfügt werden ſollte, für ungültig erkärt, l. 61 D. de V. O. 45. 1 (bei Willenserklärungen von Todeswegen greift hier das Verbot captatoriſcher Verfügungen ein, ſ. unten im Erbrecht). Seuff. Arch. XXIII. 121. — Für unerlaubt muß nach dieſem Geſichtspunkt endlich auch die Willenserklärung gehalten werden, welche auf den Entſchluß in Betreff der Aenderung oder Nichtänderung des Religionsbekenntniſſes durch Belohnung oder Strafe einzuwirken beſtimmt iſt, ſo daß ſie alſo als Willenserklärung unter Lebenden nichtig iſt, als Willenserklärung von Todeswegen unter Abzug der Bedingung zu einer erlaubten gemacht wird. Die Anſichten ſind jedoch hier ſehr verſchieden, vgl. namentlich Vangerow I S. 138 und die dort Citirten, außerdem Wächter I S. 375. Württ. Privatr. § 96 Note 18, Böcking I § 112 Note 17, Unger II S. 86. 87, Scheurl S. 293, Stobbe I S. 285. 286, Fitting Arch. f. civ. Pr. LVI S. 420 fg., Ravit S. 17.

[14] Nach einer ausdrücklichen Beſtimmung der lex Iulia et Papia Poppaea, l. 22. 63 pr. l. 64. 72 § 4 l. 77 § 2 l. 79 § 4 D. de cond. 35. 1, l. 100 eod. Vgl. Wächter I S. 375. Württemb. Privatr. II § 96 Note 17, Vangerow I S. 139. II § 434 Anm. 1 Nr. I. 3, Scheurl S. 295. Anders behandelt das ſpätere römiſche Recht die Bedingung der Nichteingehung einer zweiten Ehe, worin es ein Verdienſt ſieht, l. 2. 3 C. de ind. vid. 6. 40, Nov. 22 c. 43. 44.

[15] Condicio iurisiurandi. Die Bedingung wird hier in eine Auflage (Vorausſetzung) verwandelt. L. 8 D. de cond. inst. 28. 7, l. 20 l. 26 pr. D. de cond. 35. 1, l. 19 § 6 D. de don. 39. 5. L. 8 pr. cit.: — „cum . . faciles sint nonnulli hominum ad iurandum contemtu religionis, alii perquam timidi metu divini numinis usque ad superstitionem, ne vel hi vel illi aut consequerentur aut perderent, quod relictum est, praetor consultissime intervenit“. Savigny III S. 185—190, Huſchke Zeitſchr. f. Civ. u. Pr. XIV S. 334 fg. (1840), Vangerow II § 434 Anm. 1 Nr. I. 4, Scheurl S. 294, Ravit S. 24—41.

[15a] Derisoriae condiciones: l. 14 D. de cond. inst. 28. 7. Scheurl S. 299 fg.

[16] Wie man auch ſich dieſe beſondere Behandlung zurechtlegen mag, jeden-

liche oder unerlaubte Bedingung einer letztwilligen Verfügung als auflösende hinzugefügt worden ist, die Bedingung aufrecht erhalten werden muß[17].

δ. Statthaftigkeit der Bedingungen.

§ 95.

Es gibt Bedingungen, welche bei keinem Rechtsgeschäfte statthaft sind; das sind die widersprechenden und die unerlaubten (§ 93. 94). Es gibt Rechtsgeschäfte, bei denen gewisse Bedingungen nicht statthaft sind; sie werden im Laufe der Darstellung genannt werden[1]. Es gibt endlich Rechtsgeschäfte, bei denen gar keine Bedingungen statthaft sind; dieß sind die Emancipation und die Erbschaftsantretung[2]. Die Hinzufügung einer Bedingung macht diese

---

falls wird als letzter Grund derselben anzusehen sein, daß der Verfügende sein Vermögen hat vergeben wollen, nicht um eines zu erreichenden Zweckes willen die Vermögenszuwendung gemacht hat. Auch wird bei der Voraussetzung, wo die gleiche Behandlung eintritt, die Behandlung darauf zurückgeführt, daß dem Bedachten eine Liberalität hat erwiesen werden sollen, l. 37 D. de cond. 35. 1. Auf der anderen Seite liegt es auch hier nahe (vgl. § 92 Note 9), das für letztwillige Verfügungen Anerkannte auf Schenkungen auszudehnen, um so mehr, als das unter einer unmöglichen Voraussetzung Geschenkte anerkanntermaßen trotz der Nichterfüllung der Voraussetzung nicht zurückgefordert werden kann (§ 100 Note 4). A. M. Scheurl S. 269. Vgl. Code civ. art. 900.

[17] Sie ist in diesem Falle die Bedingung nicht der Verleihung, sondern der Entziehung einer Liberalität; die Entziehungserklärung ist also nichtig, und die Hauptverfügung besteht, als wenn ihr gar keine Bedingung hinzugefügt worden wäre. Vgl. Savigny III S. 192. 193, Wächter I S. 374. Württemb. Privatr. II S. 724, Mayer a. a. O. § 34. 35, Unger § 82 Note 94, Vangerow I S. 135 unt. 137. 138, Scheurl S. 296 fg. Vgl. III § 635 Note 11.

§ 95. [1] So verträgt z. B. die Erbeseinsetzung keine auflösende Bedingung, die Erbeseinsetzung eines Notherben keine andere (aufschiebende) Bedingung, als eine solche, die auf seinen nackten Willen gestellt ist. Vgl. Maaßen civil. Erörterungen S. 11—18 und in diesem Lehrbuch III §. 588 g. E.

[2] L. 77 D. de R. I. 50. 17. (Papinianus). „Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, veluti [e]mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem". Vgl. c. 50 de R. I. in VI° 5. 13. Das in Klammern Eingeschlossene fehlt in der Florentina. Unter actus legitimi wird nichts Anderes verstanden werden dürfen, als Rechtshandlungen überhaupt. Enneccerus über Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung (Göttingen

Rechtsgeschäfte nichtig, und zwar nicht bloß die Hinzufügung einer eigentlichen, sondern auch die einer uneigentlichen[3].

b. Befristung*.

§ 96.

Befristung oder Betagung ist die bei einer Willenserklärung gemachte Hinzufügung des Inhalts, daß die gewollte rechtliche

---

1871) S. 97. (S. aber auch Hölder krit. VJSchr. XVI S. 236.) Statt emancipatio hat Papinian ohne Zweifel mancipatio geschrieben; von dieser ist auch sonst bezeugt, daß sie keine Bedingung vertragen habe, Vat. Fr. § 329. (Wie es sich in dieser Beziehung mit der in iure cessio verhalten habe, darüber das. § 48—50.) Die Unzulässigkeit der Bedingung bei der acceptilatio erklärt sich aus dem wörtlichen Inhalt derselben; es hat keinen Sinn, zu sagen: ich habe empfangen, aber nur für diesen oder jenen Fall. Nicht das Gleiche darf von dem, was heutzutage der acceptilatio entspricht, dem Quittungsvertrag, gesagt werden. So jetzt auch Enneccerus a. a. O. S. 40. Was die servi optio angeht, d. h. die Wahl desjenigen, welchem eine Sache vermacht worden ist, die er sich aus einem Kreise von Sachen des Erblassers aussuchen soll, so wird die Unzulässigkeit der Bedingung bei derselben den Sinn gehabt haben, daß eine bedingte Wahl den Untergang des Vermächtnisses durch den Tod des Vermächtnißnehmers nicht ausschloß (§ 23 I. de leg. 2. 20). Nach Justinianischem Recht geht das Wahlvermächtniß auch ohne Wahl auf den Erben über; wenn jetzt der fragliche Satz überhaupt noch Sinn haben soll, so muß man ihn dahin verstehen, daß der Vermächtnißnehmer durch eine bedingte Wahl nicht gebunden werde. Aber gerade das erscheint höchst bedenklich; warum sollte er nicht gebunden werden? Anders Enneccerus S. 42, s. auch Hölder a. a. O. S. 238. Unter tutoris datio endlich ist nicht die testamentarische, sondern die obrigkeitliche Ernennung eines tutor zu verstehen (l. 6 § 1 D. de tut. 26. 1, l. 8 § 1. 2 D. de test. tut. 26. 2), so daß sie nicht hierher gehört. Vgl. über l. 77 cit. im Allgemeinen noch Elvers die röm. Servitutenlehre S. 179. 180, Fitting Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 430—437. — Gehört nicht auch die tutoris auctoritas hierher? L. 8 D. de auct. tut. 26. 8. So Enneccerus S. 43 fg., Hölder S. 238; a. M. Wendt S. 23. Die Bestellung einer Dienstbarkeit? L. 4 D. de serv. 8. 1; Enneccerus S. 68 fg. und unten § 212 Note 9. Adoption? Enneccerus S. 52. In Betreff der Ehe s. c. 5. 7 X. de cond. appos. 5. 5. Enneccerus S. 53.

[3] Die l. 77 cit. fährt fort: „Nonnumquam tamen actus suprascripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium afferunt. Nam si acceptum feratur ei, qui sub condicione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intellegitur, si obligationis condicio exstiterit; quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum". L. 51 § 2 D. de A. v. O. H. 29. 2. „Sed si quis ita dixerit

Wirkung erst mit einem gewissen Zeitpunkte eintreten solle. Ist die gewollte rechtliche Wirkung das Wiederaufhören der rechtlichen Wirkung einer andern gleichzeitigen Willenserklärung, so spricht man, wie in dem entsprechenden Falle von einer auflösenden Bedingung, so hier von einer auflösenden Befristung, in jedem anderen Falle von einer aufschiebenden Befristung[1].[2]

'si solvendo hereditas est, adeo hereditatem', nulla aditio est". Fitting Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 311. 339 fg., Enneccerus S. 6 fg.

* Scheurl (Note * vor § 86) S. 22—99. Savigny III § 125—127, Wächter I § 80. Württemb. Privatr. II § 97, Sintenis I S. 177—181, Unger II § 83.

§ 96. [1] Sehr gewöhnlich sagt man: dies a quo — dies ad quem. Die Quellen sagen: ein Rechtsverhältniß sei begründet a die oder in diem — ad diem. Ueber in diem vgl. z. B. § 2 I. de V. O. 3. 15, l. 213 pr. D. de V. S. 50. 16, l. 22 D. de cond. inst. 28. 7; — vereinzelt l. 44 § 1 D. de O. et A. 44. 7. — Adickes zur Lehre von den Bedingungen S. 59 fg. behauptet, die Befristung sei eine Art der Bedingung; denn die Bedingung sei das Abhängigmachen der rechtlichen Wirkung der Willenserklärung von einem Umstande, und das Eintreten eines Zeitpunktes sei auch ein Umstand. Man muß energisch protestiren gegen solche Neuerung, die sich in Widerspruch setzt mit dem Sprachgebrauch und mit der Nichts gewonnen ist.

[2] Für die Bestimmung des Wesens der auflösenden Befristung muß dasjenige, was für die auflösende Bedingung gilt, unmittelbar maßgebend sein. Ist nun die auflösende Bedingung eine einer anderen gleichzeitigen Willenserklärung hinzugefügte Willenserklärung mit aufschiebender Bedingung (§ 86 Note 6), so ist auch die auflösende Befristung eine einer anderen gleichzeitigen Willenserklärung hinzugefügte Willenserklärung mit aufschiebender Befristung. Die aufschiebende Befristung hingegen ist so wenig eine besondere Willenserklärung, wie die aufschiebende Bedingung es ist; sie ist wie diese eine Qualification der Willenserklärung, welcher sie hinzugefügt ist; auch die befristete Willenserklärung ist nicht die Erklärung eines ersten und dann eines zweiten Willens, sondern die Erklärung eines einigen, so geeigenschafteten Willens. So auch, wenn ich ihn recht verstehe, jedenfalls mit besonderer Wendung (die in der auflösenden Befristung enthaltene Willenserklärung sei nicht gerichtet auf die Wiederauflösung, sondern auf den Bestand des erzeugten Rechtsverhältnisses), Scheurl S. 60 fg.; a. M. Czyhlarz zur Lehre von der Resolutivbedingung S. 6 fg., Römer Arch. f. civ. Pr. LXII S. 169 fg., und theilweise Schulin über Resolutivbedingungen und Endtermine S. 186 fg. Demgemäß muß auch für die Beweislast das Nämliche gelten, wie bei der Bedingung, d. h. die auflösende Befristung muß von dem sie Behauptenden bewiesen werden, nicht aber die aufschiebende. A. M. in Betreff der aufschiebenden Befristung Unger II § 83 Note 3 und österr. Erbrecht § 17 Anm. 1, Bayer Vorträge S. 739, Wetzell Civilproc. § 19 a. E.; übereinstimmend

Die Wirkung der Befristung bestimmt sich durch ihren Inhalt; die Befristung schiebt das Eintreten der durch die Willenserklärung zu erzeugenden rechtlichen Wirkung bis zu dem bezeichneten Zeitpunkt hinaus. Bei der auflösenden Befristung ist also bis dahin die rechtliche Wirkung des Hauptgeschäfts vollkommen vorhanden, bei der aufschiebenden ist die zu erzeugende rechtliche Wirkung einstweilen nicht vorhanden[3]. Von der anderen Seite ist ihre künftige Existenz vollkommen sicher, die Existenzfrage darf für sie nicht mehr aufgeworfen werden[4], und so kann auch gesagt werden, daß sie sofort existire, nur noch nicht geltend gemacht werden könne[5]. Kommt der bezeichnete Zeitpunkt heran, so tritt

---

Arndts krit. VJSchr. V S. 14 fg. Auch von dem Beweise der auflösenden Befristung sprechen den Behauptenden frei Römer a. a. O. und die Erkenntnisse bei Seuff. Arch. III. 222, V. 239, XXXIII. 341. Grawein Verjährung und gesetzliche Befristung S. 185 fg. entbindet ihn, wenn die Frist eine Kalenderfrist ist, sogar von dem Beweise des Ablaufs der Frist.

[3] L. 41 § 1 D. de V. O. 45. 1: — „dies adiectus efficit, ne praesenti die debeatur". Gai. III. 124. IV. 131, l. 76 § 1 l. 89 D. de V. O. 45. 1, l. 46 D. de leg. II° 31, l. 9 pr. D. qui pot. 20. 4, l. 14 D. de R. I. 50. 17; l. 1 § 1 D. de cond. 35. 1, l. 45 § 1 D. de leg. II° 31; l. 23 § 1 D. de manum. test. 40. 4.

[4] Gai. III. 124: — „pecunia, quam in diem certum dari stipulamur, . . . certum est, eam debitum iri, licet post tempus petatur". L. 41 § 1 D. de V. O. 45. 1: — „dies adiectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur". L. 9 § 2 D. usufr. quemadm. 7. 9: — „si ex die proprietas alicui legata sit . . . quia certum sit, ad eum proprietatem vel ad heredem eius perventurum". L. 1 § 1 D. de cond. 35. 1. „Cum dies certus adscriptus est (sc. legatis), quamvis dies nondum venerit, solvi tamen possunt, quia certum est, ea debitum iri". L. 73 § 4 D. ad leg. Falc. 35, 2, vgl. l. 8 § 1 D. de nov. 46. 2. Nur diese Sicherheit des künftigen Erwerbes soll bezeichnet werden, wenn es von dem befristeten Vermächtniß heißt: dies eius cedit statim post mortem testatoris; Beweis dafür ist, daß, sobald dieser künftige Erwerb aus anderen Gründen unsicher ist, der dies cedens bis zum wirklichen Erwerb hinausgeschoben wird. L. 2. 3. 5 § 1 D. quando dies 36. 2, l. un. § 3 D. quando dies usufr. 7. 3, l. 18 D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 26 D. de stip. serv. 45. 3. Jedenfalls wird mit dem dies legati cedens nicht auch das durch das Vermächtniß verliehene Recht existent, l. 9 § 2 D. usufr. quemadm. 7. 9, l. 72 § 5 D. de cond. 35. 1, l. 69 pr. D. de leg. I° 30, l. 80 D. de leg. II° 31, l. 7 § 6 l. 8 l. 17 D. quando dies 36. 2. S. III § 642.

[5] § 2 I. de V. O. 3. 15: — „quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius quam dies veniat non potest". L. 46 pr.

die gewollte rechtliche Wirkung ein, also bei der auflösenden Befristung die Wiederaufhebung der durch das Hauptgeschäft erzeugten. Und zwar wird dieselbe direct wieder aufgehoben; es

---

D. de V. O. 45. 1. „Centesimis Kalendis dari utiliter stipulamur, quia praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio". L. 7 pr. D. de compens. 16. 2, l. 9 D. ut leg. 36. 3, l. 213 pr. D. de V. S. 50. 16. — Wenn man, wie das früher fast ausnahmslos geschah, die Wirkung der aufschiebenden Befristung von vorne herein und ohne Weiteres dahin bestimmt, daß sie nur die Ausübung, nicht das Dasein des verliehenen Rechts hinausschiebe, so steht dieß in Widerspruch mit dem Inhalt der befristeten Willenserklärung und muß nothwendigerweise zu Verwirrung führen. Wer sagt: du sollst Eigenthümer sein vom 1. des künftigen Monats, sagt nun einmal nicht: du sollst sogleich Eigenthümer sein. Daher muß ausgegangen werden davon, daß die aufschiebende Befristung auch die Existenz des verliehenen Rechts hinausschiebe. Nur darf dabei mit der eigentlichen Befristung nicht verwechselt werden ein hinzugefügter Nebenvertrag, durch welchen auf die Geltendmachung des sogleich erworbenen Rechts für eine gewisse Zeit verzichtet wird (pactum de non petendo in tempus). Es ist ein Unterschied zwischen dem Fall, wo Jemand einen nach drei Monaten zahlbaren Wechsel acceptirt, und dem Falle, wo ausgemacht wird, daß ein empfangenes Darlehn erst nach drei Monaten zurückgezahlt werden solle; jener will Schuldner werden erst nach Ablauf der drei Monate, in dem letzteren Falle wird ein Ausstand von drei Monaten bewilligt. Vgl. l. 20 D. de I. D. 23. 3: — „aliud est enim differre exactionem, aliud ab initio in id tempus stipulari, quo matrimonium futurum non sit". Ob das Eine oder das Andere gewollt sei, kann im einzelnen Falle zweifelhaft sein; nichtsdestoweniger muß die Unterscheidung gemacht werden. Sie ist auch nicht ohne praktische Bedeutung, so namentlich in Betreff der Beweislast (Note 2 a. E.). Uebereinstimmend mit dem hier Gesagten Unger II S. 89—91. VI § 48 Anm. 3, Arndts § 73 Note 6, Bruns in v. Holtzendorff's Encyclop. I S. 280 (4. Aufl. S. 421), Schulin über Resolutivbedingungen und Endtermine S. 186 fg., im Wesentlichen auch Adickes a. a. O. S. 62 fg., s. auch Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 178 fg.; übereinstimmend mit Unterscheidungen, namentlich zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten (nur bei ersteren soll die Befristung die Existenz des Rechts hinausschieben), Fritz Erläuterungen I S. 197, Vangerow 7. Aufl. I S. 146. 148 unt., Brinz 1. Aufl. S. 1519 fg., Scheurl S. 29 fg., Hartmann krit. VJSchr. XIII S. 519 und in der Schrift über die Obligation S. 43 fg., im Wesentlichen auch Karlowa Rechtsgeschäft S. 107 fg. Dernburg I § 114 nimmt Hinausschiebung der Existenz des Rechts nur beim Eigenthum an. — Daraus, daß in unseren Quellen auch das eigentlich befristete Recht als an und für sich schon existirend angesehen wird, erklärt sich, daß bei Erfüllung eines befristeten Anspruchs die indebiti condictio ausgeschlossen ist (l. 10 vgl. l. 16 pr. D. de cond. ind. 12. 6), und daß die Ver-

gilt in dieser Beziehung Alles, was von der auflösenden Bedingung gesagt worden ist (§ 90)[6]. Zur Sicherheitsleistung ist der unter einer Befristung Verpflichtete in gleicher Weise verbunden, wie der bedingt Verpflichtete[7].

§ 96a.

Der Zeitpunkt, an welchen die Befristung die gewollte rechtliche Wirkung knüpft, kann entweder direct bestimmt werden, durch

---

pfändung für eine befristete Schuld die actio hypothecaria erzeugt (l. 14 vgl. l. 13 § 5 D. de pign. 20. 1). Allerdings finden sich Consequenzen auch aus der Auffassung gezogen, daß das befristete Recht noch gar nicht existire — l. 45 § 1 D. de leg. II° 31, l. 10 D. ad SC. Treb. 36. 1; es darf jedoch angenommen werden, daß darin (die betreffenden Stellen sind von Pomponius und Gajus) sich nur eine frühere Entwickelungsphase darstelle. (Scheurl S. 38. 39 erklärt l. 10 D. cit. in anmuthender Weise aus dem Wortlaute des Senatusconsults; über seine Meinung in Betreff der anderen Stelle s. III § 643 Note 4.) Das versteht sich von selbst, daß als Beweise für die sofortige Existenz des befristeten Rechts nicht diejenigen Sätze aufgeführt werden dürfen, welche auch für das bedingte gelten (§ 89), so namentlich nicht der Satz, daß das befristete Recht durch keine spätere Verfügung verkümmert werden kann, l. 12 § 2 D. qui pot. 20. 4, l. 3 § 2. 3 C. comm. de leg. 6. 43, vgl. auch l. 27. 28 D. pro socio 17. 2, l 17 D. de H. v. A. V. 18. 4, l. 12 D. de accept. 46. 4, l. 27 pr. D. qui et a quib. 40. 9. Uebrigens wird ein Mal (l. 26 D. de stip. serv. 45. 3) das Wesen auch der bedingten Obligation dahin bestimmt, daß sie „ex praesenti vires accipit, quamvis petitio ex ea suspensa sit".

[6] Nur tritt natürlich keine Rückwirkung ein. Im Uebrigen geht die Behandlung der auflösenden Befristung und der auflösenden Bedingung im römischen Rechte Hand in Hand: für das heutige Recht dürfen wir als Regel behaupten, daß auch jener, wie dieser, directe Wirkung zukomme. S. l. 15 § 4 D. de test. mil. 29. 1, Vat. Fr. § 283, l. 55 D. de leg. I° 30, l. 44 § 1 D. de O. et A. 44. 7, l. 56 § 4 D. de V. O. 45. 1, § 3 I. de V. O. 3. 15, l. 4 pr. D. de serv. 8. 1; Vat. Fr. § 48. 50. 52, l. 6 D. de usu et usufr. 33. 2, l. 12 pr. C. de usufr. 3. 33, l. 16 § 2 D. fam. erc. 10. 2, l. 6 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 2 C. de don. quae sub modo 8. 54[55], l. ult. C. de leg. 6. 37, vgl. auch die § 90 Note 1 citirten Stellen. A. M. Czyhlarz zur Lehre von der Resolutivbedingung S. 6 fg. und Schulin über Resolutivbedingungen und Endtermine S. 186 fg., welche zwischen den einzelnen Rechtsverhältnissen unterscheiden wollen und in den beiden zuletzt genannten Codexstellen directe Wirkung nicht anerkannt finden. Ebenso Brinz 1. Aufl. § 342 und Scheurl S. 60 fg., welcher Letztere jedoch für das heutige Recht directe Wirkung zugesteht. Vgl. auch § 172 Note 17.

[7] Vgl. § 89 Note 13. Die daselbst citirten l. 41 D. de iud. 5. 1 und

Bezeichnung eines Kalenderpunktes[1], oder indirect, durch Beziehung auf ein künftiges Ereigniß[2], oder auf die Vollendung einer gewissen Dauer eines Zustandes[3]. Bei der indirecten Bestimmung ist aber zuzusehen, ob es sicher ist, daß das fragliche Ereigniß eintreten, der fragliche Zustand die bezeichnete Dauer erreichen wird[4]; ist dieß nicht der Fall, so liegt nicht sowohl eine Befristung vor, als eine Bedingung[5]. Jedoch ist dieser Satz kein absoluter; es kommt auf die Auslegung des Willens an[6]. Von der anderen

l. 38 D. pro socio 17. 2 sprechen so allgemein, daß sie die befristete Verpflichtung mit umfassen. Seuff. Arch. IV. 196, VI. 137, XVI. 189, XXII. 7.

§ 96a. [1] Savigny III § 125. c.

[2] Z. B. den Tod, die Heirath, die Anstellung einer gewissen Person. L. 17. 56 D. de cond. ind. 12. 6, l. 107 § 1 D. de leg. I° 30, l. 21 pr. D. quando dies 36. 2, l. 8 C. de test. manum. 7. 2.

[3] Z. B. es wird Jemandem etwas gegeben „am Tage seiner Volljährigkeit", d. h. am Tage, wo sein Leben 21 Jahre gedauert haben wird. L. 21 pr. l. 22 pr. D. quando dies 36. 2, l. 49 § 2. 3 D. de leg. I° 30.

[4] Es ist z. B. für jeden Menschen sicher, daß er sterben, aber nicht, daß er sich verheirathen, ein Amt erlangen, ein gewisses Lebensalter erreichen wird. Die Quellen sprechen in diesem Falle von einem dies incertus (vgl. jedoch auch Note 7). Ein neuerer Sprachgebrauch bezeichnet die nach Note 2 und 3 verschiedenen Fälle des dies incertus als dies incertus an incertus quando und dies incertus an certus quando. Derselbe Sprachgebrauch nennt aber auch den durch ein gewiß eintretendes Ereigniß bezeichneten Zeitpunkt dies incertus — dies incertus quando certus an. Es liegt in diesen Bezeichnungen keine Förderung des Verständnisses. Vgl. Savigny III S. 207. 208.

[5] L. 21 pr. l. 22 pr. D. quando dies 36. 2, l. 49 § 2 D. de leg. I° 30, l. 16 § 1 l. 17. 56 D. de cond. ind. 12. 6, l. 38 § 16 D. de V. O. 45. 1. Umgekehrt wird auch die Bedingung als dies incertus bezeichnet, l. 30 § 4 D. de leg. I° 30. — Man hat sich mit Lebhaftigkeit dagegen erklärt, daß gesagt werde, der dies incertus sei eine Bedingung; man müsse sagen, der dies incertus enthalte eine Bedingung; durch den ersteren Ausdruck werde die doch auch vorhandene Befristung geleugnet. Aber daß die Bedingung eine Befristung in sich schließe, versteht sich für die aufschiebende im Zweifel von selbst, und ist in diesem Falle selbst für die auflösende außer Zweifel (§ 91). Vgl. l. 22 pr. D. quando dies 36. 2, l. 21 pr. eod. (Arndts § 73 Note 4), l. 49 § 2 D. de leg. I° 30.

[6] In dieser Beziehung erweist sich namentlich der Begriff des dies incertus an certus quando als fruchtbar. Wenn die gewollte rechtliche Wirkung an die Vollendung einer gewissen Dauer eines Zustandes angeknüpft wird, so kann das möglicherweise auch so auszulegen sein: die rechtliche Wirkung solle existent werden zu der Zeit, wo die bezeichnete Dauer vollendet sei, oder vollendet sein würde, wenn der fragliche Zustand bis dahin gewährt

Seite wird bei letztwilligen Verfügungen nach dem vermuthlichen Willen des Erblassers auch die auf ein gewiß eintretendes Ereigniß gestellte Befristung als Bedingung behandelt, wenn es ungewiß ist, ob die bedachte Person dieses Ereigniß erleben wird[7].

Die Rechtsgeschäfte, bei welchen keine Bedingung zulässig ist (§ 95), vertragen auch keine Befristung[8].

c. Voraussetzung*.[1]

§ 97.

Die Voraussetzung[2] ist eine untentwickelte Bedingung (eine Willensbeschränkung, die nicht zur Bedingung entwickelt ist). Wer

---

hätte; dann ist Befristung vorhanden, und keine Bedingung. L. 48 [46] D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 5 C. quando dies 6. 53, l. 26 § 1 D. eod. 36. 2, l. 18 § 2 D. de alim. 34. 1. Es ist dieß jedoch nicht der einzige hierher gehörige Fall. Vgl. Wächter Württ. Privatr. II S. 731, Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück XLI S. 60 fg., Maassen civil. Erörterungen S. 28 fg., Unger § 83 Anm. 13. 15, Seuff. Arch. XXXII. 12. 60. 61, Entsch. des RG. VIII S. 140 fg. (= Seuff. Arch. XXXVIII. 209.)

[7] L. 75 D. de cond. 35. 1. „Dies incertus condicionem in testamento facit“ (vgl. Savigny III § 126. c). L. 79 § 1 D. eod. ‘Heres meus cum ipse morietur centum Titio dato’. Legatum sub condicione relictum est: quamvis enim heredem moriturum cetum sit, tamen incertum est, an legatario vivo. dies [igitur] legati non cedit, et non est certum, ad eum legatum perventurum“. L. 4 D. quando dies 36. 2. „Si ‘cum heres morietur’ legetur, condicionale legatum est; denique vivo herede defunctus legatarius ad heredem non transfert. Si vero ‘cum ipse legatarius morietur’ legetur ei, certum est legatum ad heredem transmitti“. L. 13 i. f. eod., l. 1 § 2 D. de cond. 35. 1, l. 12 § 1 D. de leg. II° 31, l. 104 § 6 D. de leg. I° 30. Die Quellen sprechen auch in diesem Falle von einem dies incertus. Vgl. Unger § 83 Anm. 14. österr. Erbrecht § 17 Anm. 2. Auch die Befristung cum morietur heres will das Gesagte beschränken Brinz 1. Aufl. S. 950. 951. 1529. Ein Fall, in welchem nach Lage der Umstände dafür entschieden wurde, daß der Erblasser keine Bedingung gewollt habe, bei Seuff. Arch. I. 268; s. andererseits II. 316, VII. 377. Vgl. auch Zimmern Arch. f. civ. Pr. IX S. 357 fg. und darüber Wächter Tüb. krit. Zeitschr. II S. 181 fg.

[8] L. 77 D. de R. I. 50. 17.

* Windscheid die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung. Düsseldorf 1850.

[1] Die herrschende Meinung stellt als Drittes neben Bedingung und Befristung nicht die Voraussetzung, sondern, unter der Bezeichnung Modus (vgl. die folgende Note), die auf eine Schenkung oder letztwillige Zuwendung gelegte Auflage; eine Selbstbeschränkung des Willens sei in derselben insofern ent- § 97.

einen Willen unter einer Voraussetzung erklärt, will ebenfalls, wie derjenige, welcher eine bedingte Willenserklärung abgibt, daß die gewollte rechtliche Wirkung nur bei einem gewissen Zustand der Verhältnisse bestehen solle; aber er geht nicht dazu über, das

halten, als durch sie der Werth der ursprünglichen Gabe gemindert werde (vgl. z. B. Savigny III S. 230, Arndts § 74, Unger § 84 Note 4). Man beachtet dabei nicht, daß der Gesichtspunkt, welchen man in dieser Weise neben juristische stellt, kein juristischer, sondern ein ökonomischer ist. Freilich kann dieser Gesichtspunkt auch wieder juristische Bedeutung gewinnen, z. B. da, wo die Gültigkeit einer Zuwendung von ihrem Vermögenswerthe abhängt, und hierauf legt denn auch Böcking Pand. § 115 alles Gewicht. Aber es leuchtet nicht ein, warum aus diesem Grunde von der möglichen Minderung des Werthes einer Gabe in der allgemeinen Lehre von den Willenserklärungen, und überhaupt an einem andern Orte gehandelt werden solle, als da, wo die betreffenden Rechtssätze vorzutragen sind. Wenn in der allgemeinen Lehre von den Willenserklärungen nach den möglichen Selbstbeschränkungen derselben gefragt wird, so dürfen nur solche genannt werden, durch welche die durch die Willenserklärung zu erzeugende rechtliche Wirkung afficirt wird. Eine Selbstbeschränkung dieser Art liegt nun allerdings auch in dem Modus, insofern nämlich die gesetzte rechtliche Wirkung durch ihn zu einer für den Fall seiner Nichterfüllung rücknehmbaren gemacht wird; aber der Grund, weßwegen der Modus in dieser Weise wirkt, ist ein Grund, welcher ganz in gleicher Weise noch in vielen anderen Fällen sich geltend macht, der nämlich, daß bei Nichterfüllung des Modus die gesetzte rechtliche Wirkung nicht dem eigentlichen Willen des Urhebers der Willenserklärung entspricht. Wenn man dieß nicht leugnen kann, und zum Theil erkennt man es ausdrücklich an (vgl. z. B. Erxleben die cond. sine causa 2. Abth. Vorrede S. VI, Arndts § 74, H. Witte die Bereicherungsklagen S. 65. 66, Hartmann über Begriff und Natur der Vermächtnisse S. 45), so ist nicht abzusehen, warum man dagegen Einspruch erheben will, daß auch im Allgemeinen von denjenigen Zusätzen zu einer Willenserklärung gehandelt werde, durch welche die gewollte rechtliche Wirkung in die Lage kommen kann, dem eigentlichen Willen des Erklärenden nicht zu entsprechen. Man kann es tadeln, daß Zusätze dieser Art Voraussetzungen genannt werden; es steht frei, eine bessere Bezeichnung vorzuschlagen. Man kann auch darüber verschiedener Meinung sein, in welchem Umfange dieser Gesichtspunkt zur Geltung gelangt sei; ihn ganz zu verwerfen, scheint mir keinen Sinn zu haben, wenn man nicht auch die Consequenzen desselben verwerfen will. — Für die hier vertretene Auffassung haben sich ausgesprochen: Rudorff zu Puchta § 63. 6. Aufl. u. ff., Bähr die Anerkennung S. 15. 62, Unger österr. Erbrecht § 13 Anm. 3, § 18 Anm. 1 (anders früher, österr. Privatr. II § 384 Anm. 6), Baron Pand. § 60, Förster Preuß. Privatr. II S. 150 Note 19, Hruza die Lehre von der Novation S. 62; vgl. auch Bechmann röm. Dotalrecht I S. 31, Brinz 1. Aufl. S. 1533, Hesse Wesen und Arten der Verträge des heut. röm. Rechts S. 58 fg. Juristische Probleme S. 221,

Dasein der Wirkung von diesem Zustande der Verhältnisse abhängig zu machen. Die Folge davon ist, daß die gewollte rechtliche Wirkung besteht und fortbesteht, auch wenn die Voraussetzung ermangelt. Aber dem wahren, dem eigentlichen Willen

---

Buhl Beiträge zur Lehre vom Anerkennungsvertrag § 3 fg., Lotmar Causa S. 88, Leonhard Irrthum S. 243 fg. Seuff. Arch. VI. 22, XVI. 6. 103, XVII. 59, XXIV. 36, XXIX. 143, XXXI. 110, XXXVI. 10 (XVIII. 224 wird die Entscheidung irrthümlich, statt auf die ermangelnde Voraussetzung, auf einen wesentlichen Irrthum gegründet). Gegen die Kategorie des Modus, aber nicht für die Kategorie der Voraussetzung: Hartmann in der obengenannten Schrift, Adickes zur Lehre von den Bedingungen S. 65 fg., Wendt Reurecht und Gebundenheit Heft 1 S. 61 fg. Stehengeblieben ist bei der Kategorie des Modus, ohne die der Voraussetzung zu nennen, Scheurl Beiträge II. 2 S. 295 fg. Er findet aber die Rechtfertigung der Zusammenstellung des Modus mit Bedingung und Befristung nicht in der durch ihn herbeigeführten Minderung des ökonomischen Werthes der Gabe, sondern darin, daß das Vermächtniß sub modo nicht ohne Cautionsleistung eingefordert werden könne. Die Rückforderbarkeit des Zugewendeten hält Scheurl für eine Rechtswirkung nicht des Modus an und für sich, sondern der Grundsätze des römischen Rechts über die Bereicherung sine causa. Aber warum ist die Bereicherung hier sine causa? Ausdrücklich gegen die Kategorie der Voraussetzung: Erxleben condictiones sine causa Vorrede zum zweiten Band, Witte Bereicherungsklagen S. 66 fg., Voigt condictiones ob causam S. 515—523, Zimmermann Beiträge zur Theorie der condictio indebiti S. 4 fg., Adickes a. a. O., Wendt Reurecht und Gebundenheit Heft 1 S. 19 fg., Pfersche zur Lehre vom s. g. error in substantia S. 21 fg., derſ. Bereicherungsklagen S. 94 fg., Gradenwitz über den Begriff der Voraussetzung (Berliner Inaug.-Diss. 1880), Dernburg I § 115 a. E. Es ist durch die Ausführungen dieser Schriftsteller die Ueberzeugung in mir nicht erschüttert worden, daß die Kategorie der Voraussetzung eine fruchtbare, ja unentbehrliche ist. Für eine nähere Ausführung fehlt hier der Raum, und auch das in der 4. Aufl. II § 423 Note 8 in dieser Beziehung gegen Voigt und Zimmermann Bemerkte habe ich im Interesse der Kürze gestrichen.

[2] Für das, was hier Voraussetzung genannt wird, fehlt es in den Quellen an einer feststehenden technischen Bezeichnung. Gebraucht werden die Ausdrücke condicio (vgl. z. B. l. 2 § 7 l. 3 D. de don. 39. 5, l. 8 § 7 D. de cond. inst. 28. 7, l. 1 C. de his quae sub modo 6. 45), causa (z. B. l. 75 § 2 D. de leg. I° 30, l. 23 pr. § 3. 4 D. de cond. ind. 12. 6), modus. Dieser letztere Ausdruck wird speciell gebraucht zur Bezeichnung der auf eine Zuwendung gelegten Auflage, ohne daß jedoch dadurch gerade auf die Voraussetzungsnatur der Auflage hingewiesen würde, l. 17 § 4 D. de cond. 35. 1, l. 3 § 6 de leg. praest. 37. 5, l. 1 C. de his quae sub modo 6. 45, rubb. titt. Dig. 35. 1, Cod. 6. 45. 8. 55. Windscheid a. a. O. § 4. S. auch II § 423 Note 8.

des Urhebers der Willenserklärung entspricht das nicht[2a], und deßwegen ist das Bestehen der rechtlichen Wirkung, obgleich formell gerechtfertigt, doch materiell ohne rechtfertigenden Grund. In Folge davon kann der durch die Willenserklärung Beeinträchtigte[3] sich sowohl durch Einrede gegen die aus derselben hergeleiteten Ansprüche schützen, als auch seinerseits einen Anspruch auf Wiederaufhebung der rechtlichen Wirkung gegen denjenigen, zu Gunsten dessen sie eingetreten ist, erheben[4.5]

Der Umstand, auf welchen die Voraussetzung gerichtet ist, kann, wie bei der Bedingung, ein thatsächlicher oder ein rechtlicher, ein positiver oder ein negativer, ein vergangener, gegenwärtiger oder zukünftiger sein; eine Verschiedenheit der rechtlichen Behandlung wird durch diese Gegensätze nicht bedingt. Die Voraussetzung kann ferner entweder auf ein Ereigniß, oder auf ein bleibendes Verhältniß gehen; dieser Gegensatz ist insofern von Bedeutung, als eine Voraussetzung der letzteren Art nicht bloß durch Nichtsein, sondern auch durch Wiederaufhören des betreffenden Verhältnisses ermangeln kann[6].

[2a] Hiermit soll nichts Anderes gesagt sein, als daß der Wille bei Kenntniß bez. Voraussicht der Wirklichkeit der Verhältnisse nicht gefaßt worden sein würde. Eine kurze Bezeichnungsweise hierfür ist wünschenswerth.

[3] Der Beeinträchtigte ist bei Willenserklärungen unter Lebenden der Urheber der Willenserklärung, bei Willenserklärungen von Todeswegen derjenige, welchem durch die Willenserklärung etwas genommen wird, was er sonst bekommen haben würde. Windscheid S. 68. 69.

[4] Die römische Form der Einrede ist exceptio doli oder in factum concepta, die des Anspruchs condictio (sine causa), oder auch, wo die Voraussetzung sich bei einem contractus bonae fidei geltend gemacht, die betreffende actio bonae fidei. L. 2 § 3 D. de doli exc. 44. 4, l. 2 D. de cond. sine causa 12. 7, l. 17 § 5 D. comm. 13. 6, l. 11 § 6 D. de A. E. V. 19. 1. Windscheid § 5. 6, und unten II § 423—429.

[5] Ist das Rechtsgeschäft bei ermangelnder Voraussetzung ungültig oder unwirksam im weiteren Sinne? Einerseits wird hier die Unwirksamkeit zur Geltung gebracht kraft des eigentlichen Willens des Erklärenden, auf der andern Seite aber im Widerspruch mit seinem zur Zeit der Willenserklärung wirklichen Willen. So geht hier der Begriff der Unwirksamkeit im weiteren Sinne in den der Ungültigkeit über (§ 82 Note 1 a. E.).

[6] Vgl. II § 423 Note 12. — Ein Versuch einer vollständigen Uebersicht der Fälle, in welchen in unseren Quellen eine Voraussetzung anerkannt ist, bei Windscheid § 2. 3.

§ 98.

Die Voraussetzung kann durch einen ausdrücklichen bei der Willenserklärung gemachten Zusatz erklärt werden; sie kann aber auch ohne ausdrückliche Erklärung aus dem übrigen Inhalt der Willenserklärung sich als gewollt ergeben. Hierher gehört namentlich Folgendes.

1. Jede Willenserklärung hat eine erste Absicht; hinter dieser Absicht können möglicherweise andere Absichten stehen, welche durch das zunächst zu Erreichende ferner erreicht werden sollen, möglicherweise auch nicht, eine erste Absicht hat jede Willenserklärung. Durch die Bezeichnung dieser ersten Absicht nun wird mit Nothwendigkeit auch eine Voraussetzung der Willenserklärung bezeichnet; daß für den Fall ihrer Vereitelung die gewollte rechtliche Wirkung dem wahren Willen des Urhebers der Willenserklärung nicht entspreche, ist ebenso sicher, als daß ohne alle Absicht Niemand eine Willenserklärung abgibt[1].

---

[1] Ob man sagt: erste Absicht, oder, wie Andere thun: erster Zweck, kommt auf dasselbe hinaus. Mit dem Ausdruck Absicht wird hingewiesen auf den betreffenden Vorgang in der Seele des Urhebers der Willenserklärung, mit dem Ausdruck Zweck auf das diesen Vorgang hervorrufende Thatsächliche. (Nur wenn man der § 76 Note 2 bezeichneten Ausdrucksweise Zitelmann's folgt, darf man nicht von erster Absicht, sondern allein von erstem Zweck reden; vgl. in dieser Beziehung auch Witte Bereicherungsklagen S. 66.) — Eine vollständige Aufzählung der möglichen ersten Absichten (Zwecke) darf die Theorie nicht unternehmen wollen; eine Uebersicht der in unseren Quellen vorkommenden s. bei Windscheid S. 85—102 (vgl. damit Bähr Anerkennung § 10, Witte Bereicherungsklagen S. 58—62). Im Einzelnen bemerke man: Absicht zu schenken (dieselbe wird nicht erreicht, wenn die in Schenkungsabsicht gemachte Zuwendung von dem Bereicherten als Schenkung nicht acceptirt wird, vgl. II § 365 Note 5); Absicht, eine Verbindlichkeit zu erfüllen (l. 1 § 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 2 D. de cond. s. c. 12. 7, l. 26 § 13 D. de cond. ind. 12. 6, l. 58 pr. D. de sol. 46. 3 u. a. m., Windscheid Nr. 10—12); Absicht, eine Verbindlichkeit zu erzeugen (bei Windscheid übergangen, s. z. B. l. 32 D. de R. C. 12. 1); Absicht, den Empfänger zu einer Gegenleistung zu bewegen (l. 1 pr. l. 3 pr. — § 2 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4 u. a. m., Windscheid Nr. 19, aber auch Nr. 102); Absicht, der Bedingung einer letztwilligen Zuwendung nachzukommen (l. 1 § 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4 u. a. m., Windscheid Nr. 22); Absicht, daß das Geleistete bei dem Empfänger eine gewisse Function erfülle, z. B. Arrha oder Dos sei, oder in gewisser Weise verwendet werde (l. 11 § 6. D. de A. E. V. 19. 1, l. 7 § 3 l. 8 D. de I. D. 23. 3, l. 11 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 40 § 5 § 98.

2. Wenn bei einer Zuwendung dem Empfänger eine Auflage gemacht wird[2], so bildet die Erfüllung dieser Auflage die Voraussetzung der Zuwendung. Da die Auflage von dem Urheber der Willenserklärung mit der Zuwendung in untrennbare Verbindung gebracht ist, so entspricht es nach der Annahme des römischen Rechts seinem wahren Willen nicht, daß ohne ihre Erfüllung die Zuwendung bestehe[3]. —

---

l. 71 § 3 D. de cond. 35. 1 u. a. m., Windscheid Nr. 14. 20. 66. 79); Absicht, dem Empfänger die Geltendmachung einer Befugniß zu sichern oder zu erleichtern, l. 2 § 3 D. de doli exc. 44. 4 u. a. m., Windscheid Nr. 13). Eine früher herrschende, noch immer sehr verbreitete, Ansicht glaubte alle ersten Absichten der Willenserklärungen auf eine Dreitheilung; animus donandi, solvendi, credendi oder obligandi zurückführen zu können. Dagegen Windscheid a. a. O. S. 89, Erxleben condictiones sine causa I S. 33, Witte Bereicherungsklagen S. 57, Arndts § 80 Anm. 2, Unger II § 95 Anm. 25; vgl. auf der anderen Seite Schlesinger Formalcontracte S. 5—7, Brinz S. 1540 (2. Aufl. I S. 582). Schloßmann zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge S. 37 fg. (1868) will an die Stelle jener Dreitheilung die Zweitheilung in animus donandi und animus acquirendi setzen. Aber wie unbestimmt auch dieser animus acquirendi sein mag, er genügt doch nicht (Arrha, Dos). — Beispiele von Absichten, welche nicht erste Absichten sind, in l. 3 § 7 i. f. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 25. 34 [33] C. de transact. 2. 4. Windscheid Nr. 62, aber auch Nr. 69. — An die Stelle der hier benutzten Kategorie der ersten Absicht will Witte Bereicherungsklagen S. 55 fg. eine andere setzen. Es könne dann zurückgefordert werden, wenn die Leistung bei dem Empfänger nicht den beabsichtigten „Charakter" habe. Es ist dieß Vertauschung eines bestimmten Begriffs mit einer unbestimmten Vorstellung. S. jedoch auch Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 396. 397. — An die Stelle des „ersten" Zwecks setzen Andere andere Kategorien: „wirthschaftlicher" Zweck, Buhl Beiträge zur Lehre von der Anerkennung S. 1 fg. (vgl. auch Fitting a. a. O. und Spaltenstein das specifisch juristische Geschäft S. 9. 26 fg.); „begrifflicher" Zweck, Lotmar über causa im römischen Recht S. 43 fg. — Gegen alle hier bezeichneten Auffassungen erklärt sich Karlowa das Rechtsgeschäft und seine Wirkung S. 163 fg, der doch auch seinerseits nicht weiter gelangt, als zu der Idee, daß Niemand einen Willensact schlechthin vornehme, sondern um eines gewissen „Zwecks" willen, und daß es im einzelnen Falle darauf ankomme, „die Zweckberedung ausfindig zu machen, welche die Ursache des betreffenden Theilwillens ist und ihn erst zu einem vollständigen Gesammtwillen ergänzt" (vgl. II § 423 Note 13).

[2] Es wird hier angenommen, daß die Erfüllung der Auflage nicht die erste Absicht der Willenserklärung bilde. Windscheid Nr. 66. 68. 79.

[3] L. 8 C. de cond. ob caus. dat 4. 6, l. 1. 3 C. de don. quae sub modo 8. 54 [55], l. 1 C. de his quae sub modo 6. 45 u. a. m. Windscheid Nr. 68. 79.

Aber nicht bloß aus dem übrigen Inhalt der Willenserklärung, sondern auch aus den dieselbe begleitenden Umständen kann sich eine Voraussetzung, ohne daß sie ausdrücklich ausgesprochen ist, als gewollt ergeben. In dieser Beziehung dürfen jedoch Willenserklärungen unter Lebenden und Willenserklärungen von Todeswegen nicht auf gleiche Linie gestellt werden[4]. Bei Willenserklärungen unter Lebenden muß die Voraussetzung aus den begleitenden Umständen nicht bloß überhaupt erkannt werden können, sondern auch von demjenigen, zu Gunsten dessen die Willenserklärung abgegeben worden ist, haben erkannt werden können[5]. Dagegen genügt bei Willenserklärungen von Todeswegen, daß jetzt, wo die Willenserklärung der rechtlichen Beurtheilung unterzogen wird, aus den begleitenden Umständen die Ueberzeugung gewonnen werden könne, daß der Erblasser eigentlich nur unter der Voraussetzung eines bestimmten Zustandes der Dinge gewollt habe. Mit anderen Worten: für Willenserklärungen von Todeswegen ist der Satz aufzustellen, daß sie als unwirksam angefochten werden können, sobald nachgewiesen werden kann, daß der Erblasser, wenn er den wirklichen Zustand der Dinge zur Zeit seiner Verfügung, oder die Gestaltung derselben, wie sie seitdem eingetreten ist, gekannt hätte, die Verfügung nicht gemacht haben würde[6].

— Es muß sicher sein, daß der Zuwendende auch wirklich eine Auflage habe machen, nicht bloß einen Rath habe ertheilen wollen (l. 2 § 7 D. de don. 39. 5, l. 13 § 2 D. don. i. v. e. u. 24. 1, l. 71 pr. D. de cond. 35. 1, l. 114 § 14 D. de leg. I° 30, l. 38 § 4 l. 93 pr. de leg. III° 32), und ferner, daß die Auflage auch wiklich eine Auflage auf die Zuwendung sei (l. 28 § 1 l. 32 -36 pr. D. de excus. 27. 1). Windscheid Nr. 69. 79. Von der anderen Seite braucht die Auflage nicht ausdrücklich gemacht zu sein, l. 28 D. de don. 39. 5 (wo der Schluß von der actio praescriptis verbis auf die condictio ein sicherer ist).

[4] Ueber die Gründe, warum dieß nicht zulässig ist, s. Windscheid Nr. 57.

[5] Speciell gegen die s. g. clausula rebus sic stantibus: Seuff. Arch. VI. 137, VIII. 253, X. 7, XXXIV. 268. — Daß aber, wenn das im Text bezeichnete Erforderniß erfüllt ist, auch bei Willenserklärungen unter Lebenden ein irgendwelches Hervortreten der Voraussetzung in der Willenserklärung selbst nicht erforderlich ist, dafür u. a. l. 32 § 27 i. f. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 43 § 1 D. de adm. et per. 26. 7. Windscheid Nr. 71—77. Seuff. Arch. III. 323, XXXVI. 10. Hierher gehört auch die Willenserklärung auf Grund eines Rechnungsfehlers. Seuff. Arch. X. 147, XIII. 87, XVII. 22, XXXVI. 257, XXXVII. 287, vgl. auch XV. 12.

[6] Mit Rücksicht auf die vergangene und gegenwärtige Voraussetzung läßt

§ 99.

Ist die Voraussetzung gerichtet auf eine Handlung desjenigen, zu dessen Gunsten die Willenserklärung abgegeben worden ist, so kann demselben zugleich eine Verpflichtung zur Vornahme dieser Handlung auferlegt sein. Man darf nicht sagen, daß das Eine mit dem Anderen unverträglich sei, daß die Verpflichtung die Voraussetzung ausschließe. Möglich ist es allerdings, daß in der Auferlegung der Verpflichtung von der Voraussetzung Abstand genommen sei, aber nöthig ist dieß nicht; um es annehmen zu können, ist ein besonderer Grund erforderlich[1]. Nur das kann

---

sich das auch so ausdrücken: bei Willenserklärungen von Todeswegen ist der Irrthum im Beweggrunde Unwirksamkeitsgrund (§ 78). Freilich ist dazu erforderlich, daß der Irrthum wirklicher Bestimmungsgrund, nicht bloß Veranlassung gewesen sei (§ 31 I. de leg. 2. 20, l. 17 § 2 D. de cond. 35. 1); aber ist es sicher, daß ohne den Irrthum in der That die Verfügung nicht getroffen worden sein würde, so ist sie hinfällig. Die Hauptstelle ist l. 72 § 6 D. de cond. 35. 1. „Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret. Sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse". Vgl. Windscheid S. 139. 140, Unger österr. Erbrecht § 13 Anm. 3. Anwendungen in l. 5 C. de test. 6. 23, l. 4. 7 C. de her. inst. 6. 24, l. 10 C. de leg. 6. 37, l. 28 D. de inoff. test. 5. 2, l. 93 [92] D. de her. inst. 28. 5 u. a. m. Windscheid Nr. 26—28. 58. 81—83 und in diesem Lehrbuch III § 556. 636, Vangerow II § 431 Anm. 2, Weil Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX S. 100 fg., Unger österr. Erbrecht § 13 Anm. 2. Nicht so weit wollen gehen Savigny III S. 377 fg. Sintenis III § 171 Note 60.

§ 99. [1] Einen solchen besonderen Grund sehen l. 4. 7 C. de rer. perm. 4. 64 in dem Abschluß einer Stipulation über die auferlegte Verpflichtung, indem sie davon ausgehen, daß die Stipulation novandi animo abgeschlossen worden sei, was doch nicht nothwendig ist (l. 71 pr. D. pro socio 17. 2). Daß durch die actio praescriptis verbis die Rückforderung wegen ermangelnder Voraussetzung nicht ausgeschlossen werde, ist in zahlreichen Stellen der Quellen anerkannt, s. u. a. l. 5 § 1. 2 D. de praescr. verb. 19. 5 (übrigens auch II § 413 Note 11. c). Windscheid Nr. 100. 101; im Allgemeinen übereinstimmend Erxleben cond. sine causa II S. 349 fg. 479 fg.; abweichend für das heutige Recht Schlesinger Formalcontracte S. 199, Wendt Neurecht und Gebundenheit Heft 1 S. 97 fg. Darüber besteht kein Zweifel, daß alle Rückforderung wegen nicht erfolgender Handlung des Empfängers wegfällt, sobald ein zweiseitiger Contract vorliegt; denn dann ist gar nicht um der Handlung des Empfängers, sondern um der eigenen Verpflichtung willen geleistet worden. Windscheid Nr. 102, Erxleben a. a. O. II S. 471 fg. Vgl. II § 321 Nr. 2.

gefragt werden, ob nicht wenigstens davon ausgegangen werden müsse, daß die Erfüllung der Verpflichtung zunächst und vorzugsweise gewollt sei. Dieser Gesichtspunkt findet sich wirklich durchgeführt bei Willenserklärungen von Todeswegen[2], während bei Willenserklärungen unter Lebenden, wenn die Auflage zum Besten des Urhebers der Willenserklärung selbst hinzugefügt ist, es ihm, wie seinen Erben, überlassen bleibt, ob sie die Verpflichtung geltend machen wollen oder die Voraussetzung[3]; nur da, wo die Auflage zu Gunsten eines Dritten gemacht ist, geht auch hier dieser Dritte in der Geltendmachung der Verpflichtung dem Urheber der Willenserklärung, wie seinen Erben, in der Geltendmachung der Voraussetzung vor[4].

[2] Daher geht namentlich, wenn die Erfüllung eines Vermächtnisses verweigert wird, der Vermächtnißnehmer dem durch die Zuwendung, auf welche das Vermächtniß gelegt ist, Beschränkten (welcher die Ermangelung der in dem Vermächtniß liegenden Voraussetzung geltend zu machen befugt wäre) vor. Bei testamentarischen Auflagen, die keine Vermächtnisse sind, z. B. dem Erblasser ein Grabdenkmal zu errichten, wird in verschiedener Weise geholfen. Ist die Zuwendung, auf welche die Auflage gelegt ist, ein Vermächtniß, so braucht das Vermachte dem Bedachten nicht eher verabfolgt zu werden, bis er Sicherheit für die Erfüllung der Auflage geleistet hat (l. 19 D. de leg. III° 32, l. 80 D. de cond. 35. 1, l. 40 § 5 l. 71 eod., l. 7. 48 D. fideic. lib. 40. 5). Ist die Auflage einem Erben gemacht, so kann auf Erfüllung der Auflage (oder Sicherheit dafür) bei der Erbtheilung gedrungen werden (l. 18 § 2 D. fam. erc. 10. 2, l. 7 D. de annuis 33. 1); aus bewegenden Gründen schreitet sogar das Gericht mit außerordentlichem Zwange ein (l. 7 cit., l. 50 § 1 D. de H. P. 5. 3), und so auch bei Vermächtnissen, wenn sie ohne jene Sicherheitsleistung erlangt worden sind (l. 92 D. de cond. 35. 1). In letzter Linie wird aber auch bei letztwilligen Verfügungen die Voraussetzungsnatur der gemachten Auflage herausgekehrt, und bei Nichterfüllung derselben dem Bedachten das ihm Zugewendete zu Gunsten des durch ihn Beschränkten genommen (l. 17 D. de usu 33. 2, l 24 § 16 D. de fideic. lib. 40. 5, l. 1 § 3 D. ubi pup. 27. 2, l. 8 § 6 D. de cond. inst. 28. 7). Windscheid Nr. 104. 106, Erxleben cond. sine causa II S. 270—289 (welcher aber [S. 285 Note 70], die Anwendbarkeit des Gesichtspunktes der Voraussetzung auf die Erbeseinsetzung leugnet); vgl. auch Hartmann über Begriff und Natur der Vermächtnisse S. 42 fg.

[3] Der Empfänger der Leistung kann nicht etwa verlangen, daß diese Personen, bevor sie die Voraussetzung geltend machen, die ihnen zu Gebote stehenden Zwangsmaßregeln, um die Erfüllung der Verpflichtung zu erwirken, gegen ihn anwenden. Jedenfalls in seinem Interesse ist es nicht, daß vorzugsweise die Erfüllnng der Auflage gewollt ist.

[4] Natürlich muß er aber ein klagbares und unwiderrufliches Forderungs-

§ 100.

Unerlaubte Voraussetzungen werden bei Verfügungen von Todeswegen behandelt, wie unerlaubte Bedingungen, d. h. wenn die Verfügung eine Liberalität enthält, werden sie als nicht hinzugefügt angesehen, sonst machen sie die Verfügung ungültig[1]. Bei Willenserklärungen unter Lebenden ist ihre Behandlung diese: trifft der Vorwurf den Empfänger, so kann der Geber die Unwirksamkeit seiner Willenserklärung geltend machen trotz der Erfüllung der Voraussetzung; trifft der Vorwurf den Geber, so kann er die Unwirksamkeit seiner Willenserklärung nicht geltend machen trotz der Nichterfüllung der Voraussetzung: trifft der Vorwurf beide Parteien, so kann sich auf das Geschäft keine von beiden berufen, weder der Empfänger auf die Willenserklärung, noch der Geber auf die Ermangelung der Voraussetzung, und es wird daher der bestehende thatsächliche Zustand aufrecht erhalten[2].

Unmögliche (von Anfang an unmögliche) Voraussetzungen machen Willenserklärungen unter Lebenden von vorn herein unwirksam[3], mit Ausnahme jedoch der Schenkungen, bei denen sie, wie bei Willenserklärungen von Todeswegen, wenn nicht diese ausnahmsweise keine Liberalität enthalten, für nicht geschrieben zu erachten sind[4].

Ist die Erfüllung der Voraussetzung nicht von Anfang an unmöglich, sondern wird sie erst hinterher unmöglich, so ist die Regel, daß, in gleicher Weise bei Willenserklärungen von Todes-

---

recht erworben haben. Das Nähere gehört nicht hierher. Vgl. Windscheid Nr. 105. Erxleben a. a. O. S. 296—310. und unten II § 316 Note 5. 15—16.

§ 100. [1] L. 37. 71 § 2 D. de cond. 35. 1 (l. 44 D. de manum. test. 40. 4. l. 7 i. f. D. de annuis 33. 1. l. 13 § 1 D. de pollic. 50. 12. Jedoch kann es auch sein, daß eine Conversion der Auflage als das dem Sinne des Erblassers am meisten Entsprechende erachtet werden muß. l. 16 D. de usu et usufr. 33. 2. vgl. l. 6 (4) D. de adm. rerum 50. 8. S. noch l. 9 C. de pagan. l. 11. Windscheid Nr. 108.

[2] L. 1—4 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5. l. 2. 4—6 C. eod. 4. 7. Vgl. II § 427 Anm. 2. 3.

[3] L. 3 § 5 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. l. 5 D. de cond. s. c. 12. 7. l. 59 § 2 D. de I. D. 23. 3. l. 1. 5. 6 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6. Erxleben a. a. O. S. 452 fg.

[4] Bei Willenserklärungen von Todeswegen ist entscheidend die Analogie der Bedingungen und der unerlaubten Voraussetzungen, vgl. auch l. 6 pr. D.

wegen wie bei Willenserklärungen unter Lebenden, Unwirksamkeit der Willenserklärung eintritt. Es machen sich aber bedeutende Modificationen dieser Regel in dem Fall geltend, wo der Empfänger der Leistung an der Unmöglichkeit nicht Schuld ist. In diesem Falle wird 1) bei Willenserklärungen von Todeswegen von der wirklichen Erfüllung der Voraussetzung abgesehen, sobald der Empfänger das Seinige zu ihrer Erfüllung gethan hat[5]; 2) geht die Voraussetzung geradezu auf eine Handlung des Empfängers, so gilt bei allen Willenserklärungen, ohne Unterschied zwischen Willenserklärungen unter Lebenden und von Todeswegen, die bloße schuldlose Unmöglichkeit der Erfüllung gleich[6]. Jedoch wird dieser letztere Satz nicht unbedingt durchgeführt, nämlich da nicht, wo Jemandem etwas zur Verwendung in eigenem Interesse gegeben worden ist, oder zur Verwendung in fremdem Interesse, ohne daß die Absicht vorlag, ihm eine Liberalität zu erweisen[7].

---

de cond. 35. 1. Seuff. Arch. XXXIV. 314. Was Schenkungen angeht, s. l. 8 C. de cond. ob c. dat. 4. 6, Windscheid Nr. 111. A. M. Erxleben a. a. O. S. 461—463.

[5] L. 71 § 3 D. de cond. 35. 1 (*vv.* quod si nolit eam uxorem ducere, causae legati, quod ad mulieris personam attinet, satisfactum intellegetur). L. 6 pr. eod., l. 1 C. de his quae sub modo 6. 45. Vgl. § 92.

[6] Diese, dem Wesen der Voraussetzung nicht entsprechende, Behandlung hat sich unter dem Einflusse der die Voraussetzung begleitenden Verpflichtung ausgebildet. Doch wird für Willenserklärungen unter Lebenden die entgegengesetzte noch vorgetragen in l. 16 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4 (Celsus). S. dagegen l. 5 § 1 D. de praescr. verb. 19. 5 (Paulus) und vor Allem die allgemein redende l. 10 C. de cond. ob. c. dat. 4. 6 (Diocletian und Maximian). Vgl. ferner l. 8. 11 C. eod., l. 1 § 13 D. de extraord. cogn. 50. 13, l. 3 § 3 l. 5 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. Windscheid Nr. 110. 111. 113. Bangerow III S. 233 fg. (7. Aufl. S. 208 fg.) und die dort Citirten. A. M. Erxleben a. a. O. S. 386—444, welcher die Regel der l. 10 C. cit. nur da angewendet wissen will, wo die Leistung unter der Voraussetzung einer Handlung des Empfängers in einen tauschartigen Contract übergehe. S. auch Brinz 1. Aufl. S. 408. Was letztwillige Verfügungen angeht, s. l. 8 § 7 (vgl. § 6) D. de cond. inst. 28. 7, l. 17 pr. D. de leg. II° 31, l. 8 D. de alim. 34. 1, l. 51 § 2 D. de fideic. lib. 40. 5. A. M. auch hier Erxleben a. a. O. S. 444—452, welcher als Regel nur zugeben will, daß die Voraussetzung als erfüllt anzusehen sei, wenn ihre Erfüllung an der verweigerten Mitwirkung einer dritten Person scheitere.

[7] L. 2 § 7 D. de don. 39. 5, l. 20 § 1 D. bon. lib. 38. 2, l. 7 l. 24 § 12.

III. Unerlaubtes Verhalten*.

§ 101.

Es gibt zwei Arten des unerlaubten Verhaltens.

1. Rechtsverletzung, d. h. Verletzung eines subjectiven Rechts. Das Verhalten ist deßwegen unerlaubt, weil es sich in Widerspruch setzt mit dem Recht einer andern Person. Von den Folgen der Rechtsverletzung wird in dem folgenden Kapitel (§ 122 fg.) besonders gehandelt werden.

2. Verbotenes Verhalten (Vergehen, Delict). Das Verhalten widerspricht einem besonderen Verbot des Rechts[1]. Das verbotene Verhalten kann zugleich die Verletzung eines subjectiven Rechts sein — die Rechtsordnung hat das Verhalten noch einmal besonders verboten[1a]; oder es kann die Verletzung eines subjectiven Rechts nicht sein — die Rechtsordnung hat es dennoch verboten[2]. Die privatrechtliche Folge der Uebertretung eines Rechtsverbots[3] besteht entweder in der Erzeugung eines obligatorischen Rechts für den Verletzten auf Strafe oder Ersatz, hiervon ist näher im Obligationenrecht zu handeln (II § 326) — oder in dem Verluste eines Rechts oder einer Rechtsstellung für den Vergeher (Verwirkung), das Nähere hierüber wird bei den einzelnen Rechten, bei denen sich diese Wirkung geltend macht, angegeben werden[3a].

---

16 D. de fideic. lib. 40. 5. Windscheid Nr. 112. 113. Anders stellt die Ausnahmen Witte Bereicherungsklagen §. 14. 17.

* Wächter I § 85—89. Württemb. Privatr. II § 109—114, Unger II § 100—102. Vgl. auch Reuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse (1866) S. 162—211.

§ 101. [1] Hierauf geht der Ausdruck verbotenes Verhalten, der also hier in einem besonderen, technischen Sinn gebraucht wird.

[1a] Beispiel: Diebstahl.

[2] Beispiel: Betrug.

[3] Die öffentliche Strafe als Folge der Uebertretung eines Rechtsverbotes kommt hier nicht in Betracht. Ueber die Bemühungen der neueren Strafrechtswissenschaft, ein principielles Kriterium für das mit öffentlicher Strafe (bez. überhaupt mit Strafe) zu belegende Unrecht (s. g. Criminalunrecht im Gegensatz des Civilunrechts) zu gewinnen, kann man sich in Kürze unterrichten aus der Abhandlung von Zucker, Grünhut's Zeitschr. IX S. 492 fg. (1882). Hälschner das gemeine deutsche Strafrecht I S. 15 fg. (1881). v. Liszt Lehrbuch des deutschen Strafrechts § 24 (1884).

[3a] Beispiele: I § 169a Note 3c, I § 196 Note 7, II § 263 Ziff. 2. b.

An diesen Ort gehören folgende allgemeine Bemerkungen in Betreff des unerlaubten Verhaltens überhaupt.

1. Unerlaubt kann nicht bloß ein Thun, sondern auch ein Unterlassen sein[3b].

2. Unerlaubt ist ein Verhalten entweder schon durch seinen Erfolg an sich[4], oder es muß hinzukommen, daß dem Urheber aus seinem Verhalten ein Vorwurf gemacht werden kann, daß ihn eine Schuld trifft[5]. Als Schuld wird aber bald nur gerechnet das positive Wollen des eingetretenen Erfolges im Bewußtsein der Rechtswidrigkeit desselben, die Arglist[6], bald auch

---

[3b] Unerlaubt ist z. B. die Nichtbefriedigung des Gläubigers durch den Schuldner.

[4] Z. B. die Inbesitznahme einer fremden Sache.

[5] Culpa. Das Hauptwerk über diesen Gegenstand ist: J. Chr. Hasse die Culpa des römischen Rechts (1815), 2. Ausg. von Bethmann-Hollweg (1838). Vgl. außerdem: v. Löhr Theorie der Culpa (1806). Beiträge zur Lehre von der Culpa (1808). Magazin f. RW. u. Gesetzg. IV Nr. 25 (1844). Fr. Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht III S. 345 fg. (1855). A. Pernice Labeo S. 60 fg. 230 fg. (1878). S. auch Hesse zur Lehre von dolus und culpa, Arch. f. civ. Pr. LXI S. 203 fg. (1878). Keine Beachtung verdient F. W. Schaaf Abhandlungen aus dem Pandektenrecht. 1. Band. Zur Lehre von der Culpa (1858); vgl. krit. Ueberschau VI S. 254—257 (aber auch A. Pernice zur Lehre von den Sachbeschädigungen S. 64 fg.). Die Lehre von der Schuld ist keineswegs eine bloß obligatorische, obgleich sie bei Obligationen eine besondere Ausbildung erfahren hat (s. II § 265); für dingliche Ansprüche hat der Begriff der Schuld ganz dieselbe Bedeutung, wie für obligatorische.

[6] Dolus. Auf das Motiv des Wollens kommt es nicht an, nur scheuen die Römer da, wo dieses Motiv kein niedriges und gemeines ist, die Bezeichnung der Handlung als dolus (wegen der infamirenden Wirkung der actio doli) und stellen sie unter den allgemeinen Begriff der culpa. L. 7 § 7 D. de dolo 4. 3, l. 5 pr. D. de serv. corrupto 11. 3, l. 7 pr. D. dep. 16. 3, l. 8 § 10 D. mand. 17. 1. Hasse S. 75—79, Mommsen S. 348 Note 1; theilweise abweichend Pernice a. a. O. S. 405 fg. 403. Ueber den Begriff des dolus überhaupt vgl. aus der neuesten Zeit Binding Normen II S. 269 fg. (1877), Pernice a. a. O. S. 60 fg., vgl. 378. Dieser letztere Schriftsteller unterscheidet: a) dolus bei Vergehen = unsittliche Absicht des rechtswidrigen Erfolgs; b) dolus im Verkehrsrechte, namentlich bei der a. doli als einer Ergänzung der dem Verkehr dienenden Klagen, = hinterlistige Veranstaltung zum Nachtheile eines Anderen. Was den deutschen Ausdruck Arglist angeht, vgl. P. G. O. Art. 107 „mit Wissen, fürsetzlich und arglistiglich", Art. 146 „arglistig und mit Willen", Art. 173 „arglistig".

der Mangel der gehörigen Sorgfalt, durch welche der eingetretene Erfolg hätte vermieden werden können, die Nachlässigkeit[7].

3. In Betreff der Nachlässigkeit ist folgendes Nähere zu bemerken.

a. Der Maßstab, nach welchem bemessen wird, ob ein Benehmen den Vorwurf der Nachlässigkeit verdient oder nicht, ist der eines ordentlichen Mannes; als Nachlässigkeit wird jedes und andererseits nur ein solches Benehmen angesehen, welches ein ordentlicher Mann sich nicht zu Schulden kommen läßt[8]. Jedoch kommt es bei obligatorischen Verhältnissen ausnahmsweise vor, daß dem Verpflichteten nur diejenige Nachlässigkeit ange-

[7] Neglegentia, desidia etc. Die eigentliche technische Bezeichnung dieses Begriffs im römischen Recht ist jedoch die allgemeine: culpa, so daß dieser Ausdruck dadurch eine specielle Bedeutung gewinnt, in welcher er dem dolus entgegengesetzt wird. Dieß ist der regelmäßige Sprachgebrauch. Stellen, in denen culpa Schuld im Allgemeinen bedeutet, sind z. B. l. 5 § 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 3 D. dep. 16. 3, l. 91 § 3 D. de V. O. 45. 1, l. 38 D. sol matr. 24. 3, l. 8 § 10 mand. 17. 1. Vgl. Pernice a. a. O. S. 57 fg. 237 fg. — In der Nachlässigkeit liegt ein Mangel an der gehörigen Geistesanspannung. Dieß drückt das deutsche Wort gut aus. Jhering Zweck im Rechte II S. 66 fg. Brinz 2. Aufl. II S. 156: Nicht-nichtwollen.

[8] L. 31 D. ad leg. Aq. 9. 2: — „culpam autem esse, quod, cum a diligente provideri potuerit, non esset provisum". L. 13 § 1 l. 14 D. de pign. act. 13. 7: — „venit . . et culpa . . ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur". L. 12 [11] D. de per. et com. 18. 6 (Zeitschrift f. Civ. u. Pr. N. F. IV S. 281. VIII S. 101. IX S. 278 fg., Arndts § 86 Anm. 1, Mommsen in seiner Ausgabe): — „si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit". L. 137 § 2. 3 D. de V. O. 45. 1. Die Ansicht, daß es auch bei Aufwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Mannes noch eine Nachlässigkeit gebe (s. g. culpa levissima), ist jetzt vollständig beseitigt. Vgl. Hasse § 24—26 und S. 414, Vangerow I § 107 Anm., Unger II S. 237—240, Pernice a. a. O. S. 334 fg. Zweifelnd zwar wieder Brinz S. 594 in der 1. Aufl., aber s. jetzt 2. Aufl. II S. 258. Richtig ist, daß Jemand unter Umständen für einen widerrechtlichen Erfolg haftbar sein kann, obgleich er nicht unterhalb der Sorgfalt eines ordentlichen Mannes geblieben ist, wenn nur der Erfolg durch eine noch mehr gesteigerte Fürsorge hätte abgewendet werden können; aber dann haftet er nicht weil er nachlässig war, sondern trotz dem daß er nicht nachlässig war. Vgl. mit Baron Arch. f. civ. Pr. LII S. 44 fg. Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. XVI S. 326 fg., und unten II § 264 Note 9. f.

rechnet wird, welche er in eigenen Angelegenheiten nicht zu begehen pflegt[9].

b. Gewisse Arten der Nachlässigkeit werden, wenn auch nicht durchweg, rechtlich behandelt wie die Arglist. Es sind dieß

α) die Nachlässigkeit, welche über alle Grenzen geht[10],

[9] L. 72 D. pro socio 17. 2. „Socius socio etiam culpae nomine tenetur, i. e. desidiae atque neglegentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet". Das Nähere im Obligationenrecht (II § 265 Ziff. 5).

[10] Eine solche Nachlässigkeit heißt technisch culpa lata. L. 213 § 2 D. de V. S. 50. 16. „Lata culpa est nimia neglegentia, i. e. non intellegere, quod omnes intellegunt". L. 223 pr. D. eod. „Latae culpae finis est, non intellegere id, quod omnes intellegunt". Von einer Nachlässigkeit dieser Art heißt es, daß sie „prope dolum est" (l. 29 pr. D. mand. 17. 1), „dolo comparabitur" (l. 1 § 1 D. si mensor 11. 6), oder geradezu „dolus est" (l. 226 D. de V. S. 50. 16, l. 32 D. dep. 16. 3.) Vgl. außerdem l. 8 pr. D. de edendo 2. 13 in Verbindung mit l. 9 § 4 D. ad exh. 10. 4, l. 2 § 5 D. de H. v. A. V. 18. 4, l. 7 § 1 D. de susp. tut. 26. 10, l. 5 § 15 D. ut in poss. 36. 4, l. 1 § 5 D. de O. et A. 44. 7, l. 8 § 3 D. de prec. 43. 26, l. 1 § 2 D. si is qui test. 47. 4. — Mommsen Beitr. III S. 347 fg. hat es versucht, diese Art der Nachlässigkeit auf den Begriff des unentschuldbaren Irrthums zurückzuführen. Dawider Windscheid Heid. krit. Zeitschr. II S. 278 fg., Pernice a. a. O. S. 423, Hesse a. a. O. S. 255 fg. — Binding die Normen II S. 338 fg. ist der Ansicht, daß die citirten Stellen unter culpa lata nicht sowohl Nachlässigkeit verstehen, welche wie Arglist behandelt werde, als vielmehr Arglist geradezu — rechtswidrigen Vorsatz, nur ohne Niedrigkeit und Gemeinheit des Motivs. Es ist allerdings richtig, daß der Ausdruck culpa lata auch zur Bezeichnung einer Arglist dieser Art verwendet wird (l. 8 § 10 D. mand. 17. 1, vgl. l. 7 pr. D. dep. 16. 3, s. auch Note 6); aber der Versuch, nachzuweisen, daß der Ausdruck nur diesen Sinn habe, führt Binding zu Interpretationen, die, wie mir scheint, gewaltsam oder geradezu unmöglich sind. S. namentlich l. 1 § 1 D. si mensor 11. 6, l. 29 pr. § 3 D. mand. 17. 1, l. 1 § 5 D. de O. et A. 44. 7, l. 1 § 2 D. si is qui test. 47. 4. (In der l. 29 pr. mand. geht der Ausdruck „sciens" darauf, daß der Bürge die Einrede gekannt, nicht darauf, daß er bei der Zahlung an dieselbe gedacht habe.) Ausführlich gegen Binding jetzt auch Pernice a. a. O. S. 377 fg.; ferner gegen Binding Mommsen Erörter. II S. 198 Note 3. — Ein besonderer Fall der culpa lata ist der, wo Jemand in frevelhaftem Uebermuth handelt, ohne die nächstliegenden Folgen seiner Handlung zu bedenken. Die Quellen sprechen in diesem Fall von lascivia, luxuria, lusus perniciosus. Vgl. l. 50 § 4 D. de furt. 47. 2, l. 4 § 1 D. ad leg. Corn. de sic 48. 8 vgl. mit Coll. I. 11 § 2, l. 6 § 7 D. de re mil. 49. 16, Coll. XII. 5 § 2. Binding a. a. O. S. 366 fg. nimmt auch in diesem Falle rechtswidrigen Vor-

β) die Nachlässigkeit, welche der Nachlässige in eigenen Angelegenheiten zu vermeiden weiß[10a].

Wer eine Nachlässigkeit der einen oder der anderen Art zugestehen muß, erweckt den Verdacht, daß er nicht bloß nachlässig gewesen sei, und jedenfalls ist der Mangel an Geistesanspannung, dessen er sich schuldig gemacht hat, im ersten Fall so gemeingefährlich, im zweiten Fall so ehrenrührig, daß er sich nicht darüber beklagen darf, wenn er den rechtlichen Folgen der Arglist unterworfen wird[10b].

4. Mangel an Bewußtsein der Widerrechtlichkeit des Erfolgs schließt die Arglist aus[10c]. Wem dagegen als Schuld schon Nachlässigkeit angerechnet wird, der macht sich auch durch nachlässige Unkenntniß der Widerrechtlichkeit des Erfolgs verantwortlich.

---

satz an. Vgl. andererseits Herrmann Arch. f. Criminalr. N. F. 1856 S. 471 fg., Pernice a. a. O. S. 380 fg. — Diejenige Nachlässigkeit, welche nicht lata culpa ist, heißt technisch levis culpa. Vgl. II § 265 Note 8.

[10a] L. 32 D. dep. 16. 3: — „etsi quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret" l. 23 [22] § 3 D. ad SC. Treb. 36. 1. Daß der Ausdruck culpa lata in den Quellen auch auf diese Art der Nachlässigkeit angewendet werde, läßt sich nicht beweisen. Hasse S. 171. 195—209. Binding a. a. O. S. 355 fg. glaubt, daß in den genannten Stellen bewußte Zurücksetzung der fremden Angelegenheiten angenommen werde. So schon vorher Mommsen Beiträge III S. 374 fg. Vgl. Windscheid Heid. krit. Zeitschr. III S. 281 fg., Pernice a. a. O. S. 367, Hesse a. a. O. S. 222 fg., Dernburg I § 86 Note 11.

[10b] In welchem Umfange dieß im römischen Recht wirklich geschehen ist, darüber läßt sich eine feste Regel aus den Quellen nicht gewinnen. Als sicher darf angesehen werden, daß die culpa lata dem dolus gleichgestellt wird, wenn es sich um einen Verstoß gegen ein bestehendes Verpflichtungsverhältniß handelt. Aber die Quellen bleiben bei diesem Fall nicht stehen. L. 8 pr. D. de edendo 2. 13 in Verbindung mit l. 9 § 4 D. ad exh. 10. 4, l. 1 § 1 D. si mensor 11. 6, l. 2 § 5 D. de H. v. A. V. 18. 4, l. 7 § 1 D. de susp. tut. 26. 10, l. 5 § 15 D. ut in poss. 36. 4, l. 8 § 3 D. de prec. 43. 26, l. 1 § 2 D. si is qui test. 47. 4. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Wächter II § 112 Note 12 lit. a., Unger II § 102 Note 20, Goldschmidt Lucca-Pistoja-Actien Streit S. 20. 81, Jhering Jahrb. f. Dogm IV S. 12, v. Bar Grünhut's Zeitschr. IV S. 12, Windscheid Wille und Willenserklärung S. 32 fg. (Arch. f. civ. Pr. LXIII S. 99 fg.), Pernice a. a. O. S. 377 fg., Mommsen Erörterungen II S. 175 fg. Seuff. Arch. IX. 144, XXVII. 91, XXIX. 26.

[10c] L. 1 § 32. 47 D. dep. 16. 3, l. 46 §. 7 l. 62 [61] § 5 D. de furt. 47. 2. Vgl. Binding die Normen II S. 282 fg. und oben § 79 Note 4 a. E.

5. Alle Schuld setzt voraus, daß der Geisteszustand der betreffenden Personen es erlaubt, sie für die Folgen ihres Wollens und Nichtwollens verantwortlich zu machen (Zurechnungsfähigkeit). Die Zurechnungsfähigkeit wird namentlich durch Wahnsinn[11] und jugendliches Alter[12], in gleicher Weise aber auch durch vorübergehende Zustände von Geistesgestörtheit ausgeschlossen[13]. —

Eine vorzugsweise wichtige rechtliche Folge unerlaubten Verhaltens ist die Verpflichtung zum Ersatz des dadurch verursachten Nachtheils. Bei der Bestimmung dieses Nachtheils kann entweder auf die besonderen Verhältnisse des Verletzten Rücksicht genommen, oder es kann ein objectiver Maßstab angelegt werden. Dieser Gegensatz wird durch die Ausdrücke: Interesse und wahrer Sachwerth bezeichnet[14].

IV. Der Einfluß der Zeit auf die Entstehung, den Untergang und die Veränderung der Rechte*.

A. Im Allgemeinen.

§ 102.

Die Thatbestände (§ 67), an welche sich die Entstehung, der Untergang und die Veränderung der Rechte anknüpfen, können

[11] L. 5 § 2 D. ad leg. Aq. 9. 2. „Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit; quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? Et hoc est verissimum; cessabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit. Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum". L. 60 D. de R. V. 6, 1, l. 61 D. de adm. tut. 26. 7. Vangerow III § 571 Anm. 2. Emminghaus Arch. f. prakt. RW. N. F. VIII S. 33 fg. Vgl. Pfaff zur Lehre von Schadensersatz und Genugthuung nach österr. R. S. 54 fg. Unger Grünhut's Zeitschr. VIII S. 229 fg. Pfaff das. VIII S. 700 fg.

[12] Die Grenze ist hier keine juristisch bestimmte; es kommt auf die geistige Ausbildung im einzelnen Fall an. Ausgegangen aber wird davon, daß nicht zurechnungsfähig das Kind, zurechnungsfähig der pubertati proximus sei. L. 60 D. de R. V. 6. 1, l. 5 § 2 D. ad leg. Aq 9. 2, l. 23 D. de furtis 47. 2, l. 13 § 1 l. 14 D. de dolo 4. 3, l. 1 § 15 D. dep. 16. 3 u. a. m. Savigny III S. 41—44. Seuff. Arch. XVIII. 247. Kein Einfluß des StrGB. § 55. Mandry S. 5 fg.

[13] Jedoch kann eine Schuld auch darin begründet sein, daß dieser Zustand nicht vermieden worden ist, so bei der Trunkenheit, c. 7 C. 15 qu. 1.

[14] Id quod interest — verum rei pretium. Auch die Lehre vom Schadens-

ein Zeitmoment in sich schließen. Dieß ist in verschiedener Weise möglich[1].

1. Die rechtliche Bedeutung einer Thatsache hängt von dem Zeitpunkte oder dem Zeitraum ab, welchem sie angehört[2].

2. Die rechtliche Bedeutung einer Thatsache hängt von dem Maße der Zeit ab, welche nach ihr verflossen ist[3].

3. Der Abfluß der Zeit ist für sich von rechtlicher Bedeutung, indem die Dauer eines gewissen Zustandes auf die Gestaltung der Rechtsverhältnisse einwirkt. Unter den hierher gehörigen Fällen ist von besonderer Wichtigkeit der der Verjährung[4].

Von der Verjährung ist im Folgenden näher zu handeln. Vorher aber sind die rechtlichen Grundsätze anzugeben, welche sich auf die Bestimmung und Berechnung der Zeit beziehen.

---

ersatz gehört nicht ausschließlich in das Obligationenrecht; auch kraft eines dinglichen Anspruchs kann Schadensersatz gefordert werden. Doch empfiehlt es sich, die nähere Ausführung dieser Lehre in das Obligationenrecht zu verschieben. S. II § 257. 258.

* Savigny IV § 171—201, Sintenis I § 26, Wächter I § 92—96. Württ. Privatr. II § 117—121, Unger II § 103—106.

§ 102. [1] Vgl. Savigny IV § 177, Grawein Verjährung und gesetzliche Befristung (1880) S. 22 fg. Vgl. § 105 Note 6 a. E.

[2] Beispiele: die bonorum possessio muß binnen 100 Tagen bez. 1 Jahr erbeten, eine übertragene Vormundschaft, die man nicht anzunehmen braucht, binnen 50 Tagen abgelehnt, das erbschaftliche Inventar binnen 3 bez. 12 Monaten errichtet, der vertragsmäßig gestattete Rücktritt von einem Rechtsgeschäft binnen der durch den Vertrag festgesetzten Frist erklärt werden — sonst sind Erbittung, Ablehnung, Inventarerrichtung, Rücktrittserklärung rechtlich gleichgültige Handlungen. Fristen für die Präsentation des Wechsels, die Erhebung des Protestes und die Benachrichtigung der Vormänner: WO. Art. 19. 31. 43. 45. 62. 99. Schutz im Besitze einer Wegegerechtigkeit wird gewährt auf Grund dreißigmaliger Ausübung im letzten Jahre; die Thatsache, daß eine beschädigte Sache im letzten Jahre bez. Monate einen gewissen Werth gehabt hat, berechtigt nach der lex Aquilia zur Einforderung dieses Werthes; die Geburt gibt dem Kinde einen Vater, wenn sie nicht früher als 182 Tage nach Eingehung und nicht später als 10 Monate nach Auflösung der Ehe erfolgt.

[3] Beispiele: das unter einer Befristung verliehene Recht entsteht erst mit Ablauf der Frist; das Urtheil wirkt nach römischem Recht Execution erst nach Ablauf von 30 Tagen, es wirkt Urtheilszinsen nach Ablauf von 4 Monaten.

[4] Sonstige Beispiele: die Wirkung der Rechtsgeschäfte hängt wesentlich ab von dem Alter des Handelnden (der Thatsache, daß seit seiner Geburt so und so viele Zeit verflossen ist); die exceptio non numeratae pecuniae wird verloren durch den Ablauf von 2 Jahren nach Abschluß des Rechtsgeschäfts;

B. Bestimmung und Berechnung der Zeit.

§ 103.

Ein Zeitpunkt und ein Zeitraum können in doppelter Weise bestimmt werden.

1. Sie können bestimmt werden durch Angabe des Kalenderpunktes, welcher dem Zeitpunkte entspricht bez. mit welchem der Zeitraum abgelaufen ist[1]. Wird dabei, wie es gewöhnlich geschieht, nur der betreffende Kalendertag genannt, nicht aber auch Stunde, Minute 2c. 2c., so ist, wenn es sich um einen Zeitpunkt handelt, zu sagen, daß jeder Punkt dieses Tages der Bestimmung Genüge leiste[2]; handelt es sich um einen Zeitraum, so ist als Sinn der Zeitbestimmung im Zweifel anzunehmen, daß der Zeitraum nicht vor dem letzten Momente des bezeichneten Tages abgelaufen sein solle[3], möglicherweise freilich kann ihr Sinn auch der sein, daß der Zeitraum nur bis an den Anfang des bezeichneten Tages gehen, also mit dem Schluß des vorhergehenden enden solle.

---

nach älterem römischen Recht hörte durch den Ablauf der gleichen Zeit die Verpflichtung des sponsor und des fidepromissor auf; in gewissen Fällen zieht eine durch eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzte Unthätigkeit den Verlust eines Rechts nach sich, so die fortgesetzte Säumniß in der Errichtung des Canon oder des Mieth- oder Pachtgeldes den Verlust der Emphyteuse, des Mieth- oder Pachtrechts. Reichs-Patentgesetz 25/5 77 § 9. „Das Patent erlischt, wenn . . . die Gebühren nicht spätestens drei Monate nach der Fälligkeit gezahlt werden". Das. § 7. „Die Dauer des Patentes ist fünfzehn Jahre" Reichs-Postgesetz § 14. „Der Anspruch auf Entschädigung an die Postverwaltung erlischt mit Ablauf von sechs Monaten".

[1] Z. B. Jemand verspricht zu leisten am 1. Juli 1887; ein Vertragschließender behält sich vor, daß er bis zum 1. Juli 1887 vom Vertrage zurücktreten könne. § 103.

[2] Wer am 1. Juli 1887 zu leisten versprochen hat, erfüllt durch Leistung in jedem Augenblick des 1. Juli seine Verpflichtung. L. 50 D. de O. et A. 44. 7, l. 42 D. de V. O. 45. 1, l. 186 D. de R. I. 50. 17, § 2 I. de V. O. 3. 15, § 26 I. de inutil. stip. 3. 19; l. 118 § 1 D. de V. O. Seuff. Arch. I. 44, IV. 108. Blätt. f. Rechtsanwend. zunächst in Bayern XXXIV S. 369 fg.

[3] Ist ein Nießbrauch „bis zum 31. December 1887" bestellt, so ist das im Zweifel auszulegen: bis zum 31. December einschließlich. Ebenso wurde bei den Römern die Präposition intra interpretirt. „Intra Kalendas etiam ipsae Kalendae sunt", l. 1 § 9 D. de succ. ed. 38. 9. S. auch l. 48 D. de cond. 35. 1, l. 5 C. quando dies 6. 53.

2. Ein Zeitpunkt und ein Zeitraum können aber auch bestimmt werden durch Angabe der Erstreckung der Zeit, welche von einem gewissen Ausgangspunkte verfließen muß, damit der Zeitpunkt erreicht, der Zeitraum erfüllt sei[4]. Auf diesen Fall beziehen sich folgende Regeln.

a. Ist die angegebene Zeiterstreckung in Tagen oder Complexen von Tagen (lit. c. d) ausgedrückt, so sind unter Tagen nicht bewegliche, sondern Kalendertage zu verstehen, d. h. nicht Zeiträume von vier und zwanzig Stunden, begrenzt durch den Anfangsmoment der zu berechnenden Zeit (den Moment der Geburt, des Vertragsschlusses 2c. 2c.) und die entsprechenden Momente der je folgenden Tage (natürliche Berechnung), sondern Zeiträume von Mitternacht zu Mitternacht[5] (juristische Berechnung)[6]. Diese Regel beruht zwar zunächst nur auf der Auslegung des Willens des Bestimmenden; sie hat aber für die im römischen Rechte geordneten und die heutigen processualischen Fristen bindende Kraft erhalten, für jene durch das römische Recht selbst[7], für diese durch

---

[4] Z. B. Jemand verspricht zu leisten „in 4 Wochen"; das erbschaftliche Inventar soll binnen drei Monaten nach erlangter Kenntniß von der Delation errichtet werden; Jemand wird großjährig mit Ablauf des 21. Jahres nach seiner Geburt.

[5] Die Mitternacht ist die Grenze der Kalendertage bei uns, wie bei den Römern. L. 8 D. de feriis 2. 12. Savigny IV S. 326, Hölder (Note 10) S. 44 fg.

[6] „Non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus", l. 134 D. de V. S. 50. 16. L. 6 D. de usurp. 41. 3, l. 3 § 3 D. de min. 4. 4. Die Römer nennen das: civiliter computare, l. 134 cit. Der Ausdruck naturaliter computare, naturalis computatio kommt in den Quellen nicht vor, ist aber dem Sprachgebrauch derselben vollkommen entsprechend. Vgl. § 148 Note 12. Hölder a. a. O. S. 131 fg.

[7] Principiell wird diese Regel zwar nirgends ausgesprochen, aber es wird in einer Reihe von Stellen nach derselben verfahren. L. 5 D. qui test. 28. 1, l. 1 D. de manum. 40. 1, l. 6. 7 D. de usurp. 41. 3, l. 134 D. de V. S. 50. 16. Nur in einem einzigen Falle wird ausnahmsweise die natürliche Berechnung zur Anwendung gebracht. L. 3 § 3 D. de min. 4. 4. „Minorem autem XXV annis natu videndum an etiam die natalis sui adhuc dicimus ante horam, qua natus est, ut si captus sit restituatur. Et cum nondum compleverit, ita erit dicendum; ut a momento in momentum tempus spectetur". Daß dieß eine Ausnahme sei, wird heutzutage allgemein anerkannt (s. jedoch Holzschuher I § 43 Nr. 5), während ältere Schriftsteller umgekehrt die natürliche Berechnung als die Regel ansahen, vgl. Glück

die Reichscivilproceßordnung[8] — und muß auch was die heutzutage anderweitig, durch Rechtsvorschrift, richterliche Verfügung oder Privatfestsetzung, bestimmten Fristen angeht, so lange festgehalten werden, als im gegebenen Fall nicht entscheidende Gründe dafür sprechen, daß das Gegentheil gewollt sei[9]. Dabei ergeben sich aber noch folgende Fragen[10]. 1. Welcher Tag ist als der erste zu rechnen, derjenige, in welchen der Anfangsmoment der zu berechnenden Zeit fällt, oder der folgende? Es ist anzunehmen, daß das römische Recht die von ihm geordneten Fristen in der ersten Art rechnet[11], so daß also der letzte Tag eines einjährigen Zeitraums, welcher am 1. Januar begonnen hat, der 31. December desselben Jahres ist, und nicht der 1. Januar des folgenden[12].

III S. 750 fg., v. Löhr Arch. f. civ. Pr. XI S. 424, Hölder a. a. O. S. 131. Seuff. Arch. XXVII. 4. Dernburg I § 88 Note 5 glaubt, daß die Ausnahme durch Reichsges. 17/2 75 beseitigt sei; ich halte die Argumentation nicht für zwingend.

[8] CPO. § 199. 200. So übrigens auch schon vorher die gemeinrechtliche Praxis, mit Ausnahme der zehntägigen Appellationsfrist.

[9] Die Rechnung von Moment zu Moment setzt voraus, daß der Moment des die Frist in Bewegung setzenden Ereignisses (Geburt, Vertragsschluß ꝛc. ꝛc.) sowohl unzweifelhaft feststehe, als auch mit Sicherheit im Gedächtniß festgehalten werde. Daher ist sie äußerst beschwerlich, und schon deßwegen ist ohne besondere Gründe nicht anzunehmen, daß sie gewollt sei. Vgl. Unger § 106 Anm. 4a—6.

[10] Dieselben haben eine sehr reichhaltige Literatur. Die ältere s. bei Vangerow I § 196, Hölder (s. unt.) S. 4 fg. Aus der neueren Zeit sind außer Vangerow selbst a. a. O. hauptsächlich zu nennen: Savigny IV § 182 fg. Bachofen Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII S. 38 fg. 335 fg. (1843). Huschke das. N. F. II S. 166 fg. (1846). Krüger D. de temporum computatione Romanorum (1861; Nachtrag in dessen kritischen Versuchen S. 59—66 [1870]). Hölder die Theorie der Zeitberechnung nach röm. R. (1873).

[11] S. die folgende Note. Ueber den römischen Sprachgebrauch vgl. Savigny IV S. 361. 362 und Beil. XI, Bachofen Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII S. 47 fg., Mommsen röm. Chronologie S. 162 fg.

[12] Die Frage ist äußerst streitig, und namentlich hat Savigny IV § 182 fg., nach dem Vorgang Aelterer, auszuführen gesucht, daß als letzter Tag derjenige anzusehen sei, in welchen der mathematische Endpunkt der Frist fällt also in dem im Texte genannten Beispiel der 1. Januar des folgenden Jahres. Savigny gelangt jedoch zu diesem Resultat nicht dadurch, daß er den ersten Kalendertag außer Ansatz läßt, sondern dadurch, daß er die Frist in ihrem Laufe nicht nach Kalendertagen, sondern nach beweglichen Tagen rechnet, und nur den letzten beweglichen Tag nicht in seinem mathematischen Endpunkt

Für die processualischen Fristen ist das Gegentheil durch die Reichscivilproceßordnung bestimmt[13]. Für die sonst heutzutage festgesetzten Fristen ist es mißlich, eine allgemeine Regel aufzustellen; es muß im einzelnen Falle der Wille des Bestimmenden

---

schließen läßt, sondern den Kalendertag, in welchen dieser mathematische Endpunkt fällt, als untheilbares Ganze ansieht. Gegen Savigny und für die im Texte bezeichnete Rechnung haben sich fast alle Neueren erklärt (über l. 8 D. de feriis 2. 12 s. Bachofen a. a. O. S. 42 Note 1), vgl. jedoch Sintenis I S. 228 fg., Holzschuher I § 43 Nr. 2. 3. Die Quellen gewähren ein vollkommen unzweifelhaftes Resultat nicht. L. 1 § 9 D. de succ. ed. 38. 9, l. 31 [30] § 1 D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5, l. 134 D. de V. S. 50. 16, l. 1 § 5. 6. 12 D. quando app. 49. 4 beweisen für den 31. December nur, wenn man annimmt, daß sie den ersten Tag mit rechnen, was eben die Frage ist und von Savigny geleugnet wird. Gar nichts entnehmen läßt sich aus l. 6 D. de O. et A. 44. 7, die keine Andeutung darüber enthält, welcher Tag der dies novissimus oder extremus sei — nichts Entscheidendes aus l. 1 D. de manum. 40. 1, in welcher „post sextam noctis pridie kalendas" sowohl bedeuten kann: nach Mitternacht des 31. December, als: nach Mitternacht am 31. December. Eher für den 1. Januar spricht l. 7 D. de usurp. 44. 3, in welcher „pridie kalendas Ianuarias" kaum anders als genitivisch gefaßt werden kann, wegen des unmittelbar vorhergehenden „kalendarum Ianuariarum". Doch bleibt hier die Erklärung übrig, daß nicht sowohl der Anbruch des 1. Januar, als vielmehr der vollständige Ablauf des 31. December verlangt sei (s. Note 15), und dieselbe Erklärung läßt sich auf Gell. Noct. Att. III. 2 („Q. quoque Mucium I. C. dicere solitum legi, non esse usurpatam mulierem, quae, cum kalendis Ianuariis apud virum matrimonii causa esse coepisset, a. d. IV. kalendas Ianuarias sequentes usurpatum isset; non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex XII tabb. deberet, quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex kalendis") anwenden. L. 101 D. de R. I. 50. 17 würde für den 1. Januar beweisen (obgleich auch sie den Anfangstag, wenn nicht mit rechnet, jedenfalls mit zählt), wenn es feststünde, daß sie den Monat zu 30 Tagen rechnet (vgl. Note 20). Für den 31. December legt ein nicht unbedeutendes Gewicht in die Wagschale l. 1 § 5. 6. 12 D. quando app. 49. 4, wenn man das „statim" des § 7 i. f. daselbst beachtet, ferner l. 132 pr. D. de V. S. 50. 16 wegen der Verweisung auf die römische Monatszählung, welche den zweiten Tag vor den Kalenden ꝛc. mit der Zahl 3 bezeichnet. Endlich l. 5 D. qui test. 28. 1 kann ohne den äußersten Zwang nicht anders als auf den 31. December gedeutet werden. — Keller § 73 gibt zwar für das römische Recht den 1. Januar auf, nicht aber für das heutige.

[13] CPO. § 199. So auch schon vorher die Praxis. Linde Civilproceß § 174. Bayer Vorträge S. 475, Wetzell Civilproceß § 68 Note 76.

nach den gebrauchten Ausdrücken ausgelegt werden[14]. 2. Welches ist der Schlußpunkt der zu berechnenden Zeiterstreckung, der Anfangs- oder der Endpunkt des letzten Tages? Im Zweifel ist für das Letztere zu entscheiden; man wird nicht sagen dürfen, daß eine Zeiterstreckung vollendet sei, so lange noch ein Moment eines zu ihr gehörigen Tages nicht verflossen ist. Nur aus besonderen Gründen wird angenommen werden dürfen, daß zur Vollendung eines Zeitraums im Sinne der Zeitbestimmung der Anbruch des letzten Tages genüge. Das römische Recht hat dieß für einzelne Fälle anerkannt[15]; daraus eine allgemeine Regel zu bilden, erscheint bedenklich[16].

---

[14] Unger (II S. 198) ist der Ansicht, daß bei heutzutage durch Rechtsgeschäft festgesetzten Fristen im Zweifel der erste Tag nicht mit gerechnet werden dürfe; es leuchtet nicht ein, warum es dann bei gesetzlichen Fristen anders gehalten werden soll. Wächter I S. 184 (vgl. Württ. Privatr. II S. 828. 829) will die Nichtanrechnung des Anfangstages als die „deutsche" Art der Berechnung in allen Fällen angewendet wissen, „wo eine deutschrechtliche Quelle eine Zeit festsetzt". So entschied auch bei einer vertragsmäßigen Frist das Erkenntniß bei Seuff. Arch. X. 25. WO. Art. 32: — „Bei Berechnung der Frist wird der Tag, an welchem der nach Dato zahlbare Wechsel ausgestellt, oder der nach Sicht zahlbare zur Annahme präsentirt ist, nicht mit gerechnet". HGB. Art. 328 Nr. 1: — „bei Berechnung der Frist wird der Tag, an welchem der Vertrag geschlossen ist, nicht mit gerechnet". Das Erkenntniß des Reichsoberhandelsgerichts 7/11 71 bei Seuff. Arch. XXVI. 259 sieht in diesen gesetzlichen Bestimmungen die Anerkennung eines Princips für das gesammte Gebiet des Handels- und Wechselrechts, das Erkenntniß des Reichsgerichts 8/2 84 bei Seuff. Arch. XXXIX. 290 die Anerkennung eines für alle Reichsgesetze maßgebenden Princips. — Wird von Datum zu Datum gerechnet (Note 23), so ist dadurch die Frage erledigt.

[15] Für das Alter des anniculus (l. 132 pr. l. 134 D. de V. S. 50. 16), für das zur Freilassung und zur Errichtung eines Testaments befähigende Alter (l. 1 D. de manum. 40. 1, l. 5 D. qui test. 28. 1), endlich in l. 15 pr. D. de div. temp. praescr. 44. 3 für die Ersitzungszeit, während in l. 7 D. de usurp. 41. 3 wahrscheinlich der Ablauf des letzten Tages verlangt wird. (Gell. noct. Att. III. 2 [Note 12] sagt, wenigstens unmittelbar, nicht, daß die Ersitzung der Manus, sondern daß das erste Ehejahr sich mit dem Ablauf des letzten Tages ende.) Vgl. noch l. 49 D. de cond. 35. 1.

[16] Savigny (IV S. 410 fg) hat die Regel aufgestellt, der Anbruch des letzten Tages genüge in allen Fällen, in denen es sich um den Erwerb eines Rechts handele, während der Ablauf erforderlich sei, wenn durch Unthätigkeit während einer gewissen Zeit ein Recht verloren werde (vgl. l. 6 D. de O. et A. 44. 7), und viele Neuere (auch Dernburg I § 89 Note 8) sind ihm darin

b. Fällt in die zu berechnende Zahl von Tagen ein Schalttag, so darf derselbe bei den gesetzlichen Fristen des römischen Rechts nicht mit gerechnet werden. Denn der römische Kalender zählt den Schalttag als besonderen Tag nicht, sondern führt ihn als Zusatz zu seinem Nebentage auf[17], und auf diese Eigenthümlichkeit des römischen Kalenders nimmt das römische Recht bei gesetzlichen Fristen Rücksicht, so daß eine jede solche Frist sich durch den Schalttag um einen Tag verlängert[18], während es bei Fristen, welche durch Privatfestsetzung bestimmt sind, als das Wahrscheinliche annimmt, daß der Bestimmende den Schalttag als besonderen Tag gezählt wissen wolle[18a]. Bei den heutzutage, gleich-

gefolgt. S. dagegen namentlich Bachofen a. a. O. S. 64 fg. 335 fg., auch Wächter II § 121 Note 20, Unger II S. 300. 301, ferner Krüger und Hölder a. a. OO. Hölder will die Entscheidung darauf gestellt wissen, ob der Termin Anfangs- oder Endtermin ist. Die ältere Doctrin sah gerade darin die civilis computatio, daß „dies ultimus coeptus pro completo habetur". Vgl. Unger II § 106 Note 8. CPrO. § 200.

[17] L. 98 pr. D. de V. S. 50. 16, l. 3 § 3 D. de min. 4. 4, c. 14 X. de V. S. 5. 40. Der Tag, zu welchem der Schalttag hinzugefügt wird, ist der 24. Februar, nach römischer Bezeichnung: a. d. VI. kalendas Martias, weßwegen der Schalttag ebenfalls als a. d. VI. kalendas Martias aufgeführt wird, und davon bisextum heißt. (Wenn bisextum in l. 3 § 3 D. de min. 4. 4 zur Bezeichnung des Doppeltages gebraucht wird, welchen der Schalttag mit seinem Nebentag bildet, so steht diese Ausdrucksweise ganz vereinzelt da. Th. Mommsen Jahrb. des gem. R. III S. 358—363.) Wird aber der Schalttag vor den 24. Februar vorgeschoben, oder an den 24. Februar angehängt? Jenes ist die herrschende Meinung, vgl. namentlich Arndts Jahrb. d. gem. R. III. 10. Dawider, was den Kalender der Kaiserzeit angeht, mit gewichtigen Gründen Th. Mommsen röm. Chronologie S. 279 fg. der zweit. Ausg. u. Jahrb. des gem. R. III. 14; gegen dessen Ausführungen wieder Arndts gesammelte civil. Schriften I S. 49 fg. (Pand. § 88 Anm. 3). In unserem heutigen Kalender wird der Schalttag unzweifelhaft vorgeschoben, und ist daher der 24. und nicht der 25. Februar, da der Matthiastag, welcher in einem Gemeinjahre auf den 24. Februar fällt, in einem Schaltjahre auf den 25. Februar rückt. Ganz verkehrt ist die Meinung, daß der Schalttag der 29. Februar sei. Vgl. namentlich Savigny IV S. 457 fg., Vangerow I S. 197 Anm. Nr. I. II.

[18] L. 2 D. de div. temp. praescr. 44. 3.

[18a] L. 2 cit. i. f. (wo zu lesen ist: „*sed et* si quis fundum ea lege vendiderit, ut, nisi in diebus XXX pretium esset solutum, inemtus esset fundus, dies intercalaris proficiet emtori? Mihi contra videtur"). Savigny IV § 193.

viel ob durch Privatbestimmung, richterliche Verfügung oder Gesetz, festgesetzten Fristen ist dieses Letztere, da unserem Kalender jene römische Einrichtung durchaus unbekannt ist, unbedingt als gewollt anzunehmen[19].

c. Ist die zu berechnende Zeiterstreckung in Monaten ausgedrückt, so sind unter Monaten, wenn es sich um eine gesetzliche Frist des römischen Rechts handelt, Complexe von 30 Tagen zu verstehen[20]; so jedoch, daß dabei nach dem zuvor Gesagten der Schalttag unberücksichtigt bleibt[21]. Dagegen verdient für die heutzutage durch Rechtsvorschrift, richterliche Verfügung oder Privat-

---

[19] Auf die gesetzlichen Fristen des römischen Rechts darf diese Berechnungsweise nicht erstreckt werden, weil die römischen Rechtsvorschriften in ihrem Sinne auszulegen sind; sie verstanden aber unter Tagen die Tage des römischen Kalenders. So auch die gemeine Meinung; dawider Unger II § 106 Note 37. Anders Seuff. Arch. V. 175, XXXIX. 5. Ueber die neueren Gesetzgebungen s. Savigny IV S. 476 fg.

[20] Daß das römische Recht unter Monaten Zeiträume von 30 Tagen verstehe, ist die herrschende Meinung. Sie stützt sich auf l. 40 D. de R. C. 12. 1, l. 4 § 1 l. 12 [11] § 6 D. ad. leg. Iul. de adult. 48. 5 vgl. mit l. 30 [29] § 5 eod. und l. 1 § 10 D. ad SC. Turp. 48. 16, l. 22 § 2 C. de iure del. 6. 30 vgl. mit § 11 eod., Nov. 115 c. 2, Paul. sent. IV. 9 § 2 vgl. mit Censor. de die nat. c. 9. Damit ist allerdings schwer zu vereinigen (ein Versuch bei Dernburg I § 89 Note 3) l. 101 D. de R. I. 50. 17, in welcher als letzter Tag einer zweimonatlichen Frist der 61. bezeichnet wird (über Emendationen, durch welche man zu helfen gesucht hat, s. Reinfelder der annus civilis S. 149 fg., Huschke Zeitschr. f. Civ. und Pr. N. F. II S. 166—180). Nicht widerspricht l. 2 C. de temp. et repar. app. 7. 63; hier wird nicht der Monat zu 31 Tagen gerechnet, sondern es wird nach Ablauf eines jeden Monats ein Tag zugegeben. Noch weniger widerspricht l. 7 § 1 D. sol. matr. 24. 3, oder gar l. 3 § 12 D. de suis 38. 16 in Verbindung mit l. 12 D. de statu hom. 1. 5. Savigny IV S. 339. 340. — Die herrschende Meinung ist in der neueren Zeit namentlich von Reinfelder der annus civilis (1829) S. 116 fg. und Savigny IV § 181 vertheidigt worden, s. auch Vangerow I § 194 Anm. Andere Meinungen sind aufgestellt worden von Schrader civil. Abhandlungen Nr. 3 (er geht davon aus, der Monat werde von den Römern als $^1/_{12}$ von 365 Tagen gerechnet) und Bachofen Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII S. 353 fg. (1843), der in den Quellen bereits die Rechnung von Datum zu Datum findet (Note 23), mit Ausnahme jedoch der Bestimmung, daß eine zweimonatliche Frist zu 61 Tagen gerechnet worden sei. Er hat Eindruck gemacht auf Wächter Württ. Privatr. II § 121 Note 6 (vgl. Pand. I S. 479), Unger II § 105 Note 11; dawider Hölder S. 34.

[21] Vgl. l. 2 D. de div. temp. praescr. 44. 3.

bestimmung, festgesetzten Fristen die Rechnung von Datum zu Datum als die wahrscheinlich gewollte den Vorzug[22]; in Reichsgesetzen ist sie ausdrücklich vorgeschrieben[23].

d. Das Jahr ist in römischen gesetzlichen Fristen als Zeitraum von 365 Tagen zu rechnen[24], wieder mit Außerachtlassung des Schalttags[25]. Für heutige Fristen gilt das Nämliche, was vorher in Betreff der Monate gesagt worden ist.

§ 104.

Eine besondere Art der Berechnung eines Zeitraumes kommt da vor, wo an eine Unthätigkeit, welche durch eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzt wird, ein Verlust angeknüpft ist. Sie besteht darin, daß in den Zeitraum nicht alle Tage eingerechnet werden, sondern nur diejenigen, an welchen es der betreffenden Person möglich war, die verlangte Handlung vorzunehmen[1]. Es gelten dafür folgende nähere Regeln.

---

[22] Wer „heute über 3 Monate" verspricht, von dem ist im Zweifel anzunehmen, daß er, wenn „heute" der 13. Juni 1885 ist, für den 13. September 1885 habe versprechen wollen. Dafür namentlich Savigny IV S. 341 fg., Wächter Pand. I S. 479. Württ. Privatr. II S. 824. 825; dawider (ohne Angabe von Gründen) Vangerow I § 194 a. E. Das Erkenntniß des OAG. zu Lübeck vom 27. April 1865 bei Seuff. Arch. XIX. 119 geht davon aus, daß bei vertragsmäßigen Fristen in Ermangelung besonderer Anhaltspunkte weder die eine noch die andere Art der Berechnung als wahrscheinlich gewollt angenommen werden dürfe. Anders Entsch. des RG. VII S. 277.

[23] WO. Art. 32. „Bei Wechseln . . tritt die Verfallzeit ein . . wenn die Frist nach . . Monaten oder einem mehrere Monate umfassenden Zeitraum (Jahr, halbes Jahr, Vierteljahr) bestimmt ist, an demjenigen Tage . . des Zahlungsmonates, der durch seine . . Zahl dem Tage der Ausstellung oder Präsentation entspricht". Ebenso HGB. Art. 328 Nr. 2, CPrO. § 200. Vgl. A. L. R. II. 8 § 855. Code de commerce art. 132. Ueber das österreichische Gesetzbuch s. Unger II S. 289. 290. — Fehlt in dem letzten Monate der dem Anfangstage entsprechende Tag, so muß man die Frist mit dem letzten Tage desselben ablaufen lassen; eine Monatsfrist, welche am 31. Januar beginnt, endet am 28. bez. 29. Februar. Vgl. WO., HGB., CPrO. a. a. O., A. L. R. II. 8 § 856.

[24] L. 51 § 2 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 4 § 5 D. de statulib. 40. 7, l. 134 pr. D. de V. S. 50. 16.

[25] L. 2 D. de div. temp. praescr. 44. 3.

§ 104. [1] Der technische Ausdruck der Quellen für diese Art der Berechnung ist: tempus utile numeratur, dies utiles numerantur; den Gegensatz bildet:

1. Diese Art der Berechnung bildet eine Ausnahme, und darf nur da zur Anwendung gebracht werden, wo sie vom Rechte ausdrücklich anerkannt ist. Von den dahin gehörigen Fällen[2] ist für uns praktisch nur noch der Fall der einjährigen und kürzeren Anspruchsverjährung (§ 110)[3].

2. Rücksicht genommen[4] wird auf jede Verhinderung, welche ihren Grund in einer äußeren, dem Versäumenden nicht zur Last fallenden, vorübergehenden[5] Thatsache[6] oder in einem entschuldbaren Irrthum des Versäumenden[7] hat.

---

tempus continuum, dies continui. L. 2 pr. D. quis ordo 38. 15, l. 1 D. de div. temp. praescr. 44. 3, § 16 I. de excus. 1. 25. Ebenso bei der Zusammenfassung der Tage zu Monaten und Jahren, l. 19 § 6 D. de aed. ed. 21. 1, l. 8. C. de dolo 2. 20 [21], l. 7 C. de temp. i. i. r. 2. 52 [53]. Entsprechende deutsche Ausdrücke sind: taugliche — laufende Zeit, Tage ꝛc. ꝛc. — Elvers Themis I S. 125—184 will unter utilis annus das Amtsjahr des betreffenden Praetors verstanden wissen. Dagegen Savigny IV S. 451—453, Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV S. 1 fg.

[2] Das römische Recht erkennt sie nur an: 1) bei Fristen, die auf Rechtsvorschrift beruhen; 2) bei Fristen von höchstens Einem Jahre; 3) bei Fristen, innerhalb deren eine gerichtliche Handlung vorgenommen werden soll; aber 4) auch nicht in allen Fällen, in welchen diese Merkmale zusammentreffen. Savigny S. 424 fg.

[3] S. außerdem l. 2 pr. D. quis ordo 38. 15, l. 12 [11] § 5. 6 l. 30 [29] § 5 D. ad. leg. Iul. de adult. 48. 5, l. 1 § 7 D. quando app. 49. 4, l. 7 C. de temp. i. i. r. 2. 52 [53], l. 1 pr. C. de ann. exc. 7. 40.

[4] L. 2 D. quis ordo 38. 15, l. 1 D. de div. temp. praescr. 44. 3.

[5] Für dauernde Zustände der Verhinderung, Unmündigkeit, Wahnsinn ꝛc. ist in anderer Weise gesorgt. Savigny IV S. 436—440.

[6] Bei den Römern kam namentlich in Betracht die Unzugänglichkeit des Richters, welche bei uns in demselben Maße nicht mehr besteht. Außerdem werden in den Quellen genannt: Kriegsgefangenschaft, Abwesenheit im Staatsdienst, Gefängniß, Krankheit, Unwetter durch welches die Reise aufgehalten wird, Unerreichbarkeit des Gegners. Savigny S. 428—433. Gerichtsferien, Sonn- und Feiertage? Nein: Seuff. Arch. XXXVIII. 95.

[7] Letzteres leugnet Savigny (IV S. 433—436. III S. 403—417), indem er jedoch zugibt, daß der Versäumende sich dann auf den Irrthum berufen dürfe, wenn er beweisen könne, daß derselbe besonders schwer zu entdecken gewesen sei. Aber diese Beschränkung geht aus l. 15 § 4. 5 D. quod vi 43. 24, l. 6 D. de calumn. 3. 6, l. 55 D. de aed. ed. 21. 1, l. 8 C. de dolo 2. 20 [21] nicht hervor, und daß in l. 2 D. quis ordo 38. 15, wie Savigny behauptet, der Irrthum nur wegen ausdrücklicher Rechtsvorschrift in Betracht gezogen werde, ist unerweislich. L. 19 D. de min. 4. 4, l. 6 § 14 l. 10 § 18 D. quae in fr. cr. 42. 8, l. 30 [29] § 5 D. ad leg. Iul. de ad. 48. 5 und l. 1

C. Die Verjährung*.

1. Im Allgemeinen.

§ 105.

Durch Verjährung können Rechte sowohl begründet als aufgehoben werden. Man versteht darunter, daß sie begründet oder aufgehoben werden dadurch, daß sie eine längere Zeit hindurch ausgeübt werden[1] oder nicht ausgeübt werden. Der thatsächliche Zustand der Ausübung oder Nichtausübung verwandelt sich durch seine Fortdauer in einen zu Recht bestehenden, nicht mehr angreifbaren[1a].

---

§ 10 D. ad. SC. Turp. 48. 16 aber, auf welche Stellen sich Savigny noch beruft, wollen nur den Anfangspunkt der Frist im Allgemeinen fixiren, keineswegs aber sagen, daß derselbe nicht durch Irrthum verrückt werden könne. Vgl. auch Wächter I § 95 Note 5 (Württ. Privatr. II § 121 Note 14). Blätter f. RAnwend. Ergänzungsband zum 31. und 32 Bd. S. 411—414 (Seuff. Arch. XXIV. 5). — Die Berücksichtigung des Irrthums kann aber auch stattfinden, ohne daß utile tempus gerechnet wird, z. B. § 16 I. de excus. 1. 25. Früher nannte man das: tempus utile ratione initii, continuum ratione cursus. Darüber, wie über das s. g. tempus continuum ratione initii, utile ratione cursus s. Savigny IV S. 446—453.

* Unterholzner ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten. 2 Bde. 1. Aufl. 1828. 2. Aufl., neu bearbeitet von Schirmer, 1858.

§ 105. [1] Genauer: daß verwirklicht wird ein Willensinhalt, welcher, wenn er von der Rechtsordnung als maßgebend anerkannt wäre, ein Recht bestimmter Art ausmachen würde.

[1a] Die Römer haben für das, was wir Verjährung nennen, eine entsprechende Bezeichnung nicht. Der von den Neueren gebrauchte Ausdruck praescriptio bezeichnet in der römischen Rechtssprache (eine besondere Art der) Einrede, und so denn auch die Einrede der Verjährung, temporis oder temporalis praescriptio. Aber schon (vgl. übrigens auch Fitting Zeitschr. f. RGesch. X S. 337. XI S. 436) die Glossatoren, und nach ihnen das canonische Recht, verstehen unter praescriptio Verjährung geradezu. Die beiden möglichen Richtungen der Verjährung werden dann bezeichnet als praescriptio acquisitiva und praescriptio exstinctiva. Letztere Ausdrücke übersetzt man gewöhnlich durch: erwerbende — erlöschende Verjährung. Es braucht nicht erst gesagt zu werden, daß diese Uebersetzung schlecht ist; dann noch lieber, wie Andere sagen: Acquisitiv- und Exstinctiv-Verjährung. Ich werde, wo eine Bezeichnung des Gegensatzes nöthig ist, die Ausdrücke: begründende Ver-

Indem das Recht der Verjährung diese Kraft beilegt[2], erkennt es eine Wahrheit an, welche sich nicht bloß auf dem rechtlichen Gebiete geltend macht. Die Zeit ist eine Macht, der sich kein menschliches Gemüth entziehen kann; was lange bestanden hat, erscheint uns bloß deßwegen, weil es bestanden hat, als ein Festes, Unumstößliches; es ist ein Uebel, wenn wir uns in dieser Erwartung getäuscht finden[3]. Dazu kommt, daß die Umstände, welchen die Verjährung den Stempel der Rechtmäßigkeit aufdrückt, nicht nothwendigerweise unrechtmäßige waren. Vielleicht bestand das ausgeübte Recht wirklich, und das nichtausgeübte war in der That nicht vorhanden; ja es spricht dafür eine gewisse Wahrscheinlichkeit: denn würde sonst der Gegner den bestehenden Zustand so lange unangefochten gelassen haben? Ferner: ist es nach so langer Zeit überhaupt noch möglich den wirklichen Rechtszustand mit Sicherheit zu erkennen? Die Zeit heiligt nicht bloß, sie verdunkelt auch. Zugegeben aber auch, daß die Verjährung in einem gegebenen Fall die nackte unrechtmäßige und als solche erkennbare Thatsache in Recht verwandelt, so erleidet jedenfalls derjenige, welchem die Verjährung etwas nimmt, seinen Verlust nicht unbilligerweise; denn er hätte ihn durch Unterbrechung des bestehenden Zustandes abwehren können, während längerer Zeit abwehren können; da er das nicht gethan hat, mag er die Folgen tragen[4].

---

jährung oder auch: Erwerbsverjährung — aufhebende Verjährung gebrauchen. Insofern die erstere Besitz voraussetzt, wird sie passend Ersitzung genannt. Diesem letzteren Ausdruck entspricht der römische Ausdruck usucapio. — Nach einem anderen Sprachgebrauch wird der Ausdruck Verjährung auf die aufhebende Verjährung, oder gar auf die Anspruchsverjährung beschränkt. Vgl. z. B. Grawein (§ 102 Note 1) S. 25. 26. 81.

[2] Vgl. zu dem Folgenden Savigny IV S. 305—308. V S. 267—272, Wächter Württ. Privatr. II S. 804.

[3] L. 1 D. de usurp. 41. 3. „Bono publico usucapio introducta est, ne sicliet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent". L. 5 pr. D. pro suo 41. 10: — „ut aliquis litium finis esset". L. 2 pr. D. de aqua et aquae 39. 3: — „vetustas, quae semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa". Justinian drückt das in seiner Art so aus: „ne possessores . . . prope immortali timore teneantur", l. 7 pr. C. de praescr. XXX 7. 39. Vgl. Cic. pro Caecina c. 26: „usucapio . . . hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium .".

[4] Die in der vorigen Note citirte l. 1 D. de usurp. 41. 3 fährt fort:

Es wird denn auch nicht leicht ein positives Recht der Verjährung die Anerkennung ganz versagen; die Grenzen ihrer Anerkennung können verschieden gezogen werden.

Das römische Recht hat die Verjährung nicht bei allen Rechten anerkannt. Es ist weit davon entfernt, den Satz aufzustellen, daß die Rechte durch fortgesetzte Ausübung erworben und durch fortgesetzte Nichtausübung verloren werden. Nur bei bestimmten Rechten hat es das Eine oder das Andere oder Beides anerkannt[5]; die Verjährung muß für jedes Recht, auf welches sie angewendet werden soll, besonders nachgewiesen werden. Eben deßwegen gibt es im römischen Rechte keine allgemeine Theorie der Verjährung; es gibt nur Grundsätze für die einzelnen Anwendungen der Verjährung[6].

„cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium". Vgl. l. 2 C. de ann. exc. 7. 40: — „ut . . sit aliqua inter desides et vigilantes differentia"; l. 3 eod.: — „contra desides homines et sui iuris contemptores odiosae exceptiones oppositae sunt".

[5] Die begründende Verjährung hat das römische Recht anerkannt namentlich bei dem Eigenthum und den Dienstbarkeiten, die aufhebende bei den Dienstbarkeiten und bei den Ansprüchen. Ueber die Anwendung der Verjährung auf die übrigen dinglichen Rechte s. unten bei diesen. Keine Anwendung findet die Verjährung auf die Obligationen, insoweit dieselben nicht durch die Verjährung der Ansprüche berührt werden, und auf die Familienrechte.

[6] Dieß hat die ältere Theorie vielfach verkannt, und die Reaction dagegen ist nicht ausgeblieben; vgl. namentlich Savigny IV § 178. Aber von der anderen Seite ist es auch zu weit gegangen, wenn man nun den Begriff der Verjährung am liebsten aus der Rechtstheorie ganz ausweisen möchte. Man sollte das schon deßwegen nicht thun, weil dieser Begriff im Leben vorhanden ist, und also immer wieder sich eindrängen wird — wenn er nicht geregelt wird, ungeregelt. Allerdings ist es, wenn auch nicht für die Verjährung überhaupt, doch für die aufhebende Verjährung wahr, daß ihre Grenzen sich leicht verwischen. Es ist sehr richtig, wenn man sagt: Verjährung liegt nur da vor, wo ein Recht verloren wird auf Grund seiner Nichtausübung während einer gewissen Zeit, nicht da, wo ein Recht mit Ablauf einer gewissen Zeit deßwegen verloren wird, weil die Rechtsordnung ihm aus anderen Gründen von vorne herein nur eine gewisse Zeitdauer zugestanden hat, wie es sich z. B. mit dem Wiedereinlösungsrecht des Eigenthümers nach dem Pfandzuschlag verhält (§ 238 Note 5), oder mit dem Rechte gegen den sponsor und fidepromissor nach der lex Furia (Gai. III. 121), oder mit dem Patentrecht nach dem Reichs-Patentgesetz § 14, vgl. Demelius Untersuchungen aus dem Civilrecht S. 3—7, Unger II S. 275—277, und jetzt

Hiernach könnte es scheinen, als dürfte an diesem Orte, im allgemeinen Theil des Systems, von der Verjährung des Weiteren nicht die Rede sein. Daß dem nicht so ist, hat einen doppelten Grund.

1. Nach römischen Rechte gehen zwar nicht die Rechte überhaupt, wohl aber die Ansprüche überhaupt durch die Fortdauer ihrer Nichtausübung unter; der Begriff des Anspruchs aber ist in gleicher Weise, wie der des Rechts, ein allgemeiner (§ 43).

2. Im neueren Rechte hat sich eine besondere Anwendung der Verjährung ausgebildet, welche sich allerdings auf die Rechte überhaupt bezieht, die s. g. unvordenkliche Verjährung[7].

Von der Verjährung der Ansprüche und von der unvordenklichen Verjährung muß also hier näher gehandelt werden.

---

namentlich Grawein in der § 102 Note 1 citirten Schrift, Seuff. Arch. XXVII. 3, — und man wird nicht in jedem einzelnen Fall mit Sicherheit erkennen können, ob eine rechtliche Bestimmung dieser letzteren Art oder eine wirkliche Verjährungsbestimmung vorliegt, oder auch nur behaupten dürfen, daß der Urheber einer rechtlichen Bestimmung sich immer über diesen Gegensatz klar gewesen sei. Also ist es wahr, daß man sich mit dem Verjährungsbegriff auf einen abschüssigen Boden begibt, und die ältere Theorie zeigt, bis wohin man auf demselben gelangen kann. Sprach man doch sogar vom Verlust eines Rechts durch „momentanea praescriptio", womit man den Fall meinte, wo ein Recht nur in einem gegebenen Augenblick ausgeübt werden kann, wie z. B. das Recht der Nothwehr im Augenblick des Angriffs, und man diesen Moment vorübergehen läßt — wogegen denn freilich schon Rave de praescriptionibus p. 3 sich erklärt. Vgl. über diese älteren Auffassungen namentlich die Nachweisungen bei Unger II § 104 z. A. Vor diesem Abwege soll man warnen, und man mag hinzufügen, daß der allgemeine Begriff der Verjährung eben wegen dieser Leichtigkeit des Ueberschlagens in andere Begriffe nicht fähig ist, zur Grundlage einer juristischen Theorie zu werden, jedenfalls soll man mit Nachdruck hervorheben, daß er es im römischen Rechte nicht geworden ist: aber das Alles thut dem keinen Eintrag, daß es einen Begriff der Verjährung wirklich gibt, und die juristische Theorie wird nicht zur Aufklärung beitragen, wenn sie denselben ignorirt. — Ueber die oben genannte beachtenswerthe Schrift von Grawein haben sich ausgesprochen: Strohal Grünhut's Zeitschr. IX S. 61 fg., Ehrenberg Zeitschr. f. Handelsr. XXVII S. 308 fg., Krasnopolski krit. VJSchr. XXIII S. 357 fg., Schwalbach Jahrb. f. Dogm. XX S. 265 fg., Kohler Zeitschr. f. vergleichende RW. IV S. 39 fg.

[7] Praescriptio immemorialis, auch indefinita, im Gegensatze der praescriptio definita.

2. Die Verjährung der Ansprüche*.

Einleitung.

§ 106.

Ansprüche gehen dadurch verloren, daß sie, obgleich ihnen der thatsächliche Zustand nicht entspricht, eine längere Zeit hindurch unausgeübt bleiben. Jedoch sind hiermit die Bedingungen der Anspruchsverjährung nur im Allgemeinen bezeichnet; das Nähere wird in den §§ 107—111 vorgetragen werden.

Wie die Römer den Anspruch überhaupt als Klagerecht, actio, auffassen (§ 44), so erscheint ihnen auch die Verjährung der Ansprüche als Verjährung der Klagerechte, der actiones. Demgemäß ist es heutzutage durchaus gebräuchlich, statt von der Verjährung der Ansprüche, von der Verjährung der Klagen zu handeln. Man gibt damit den Ausdruck der Römer wieder, aber nicht die Sache[1].

Die Verjährung der Ansprüche (actiones) ist kein ursprüngliches römisches Institut. Ursprünglich war keine actio der Verjährung unterworfen; zuerst der Praetor stellte auf Zeit beschränkte actiones auf; andere einzelne Bestimmungen traten später

---

* Reinhardt die usucapio und praescriptio des röm. R. (1882) S. 232 fg., Kierulff S. 189—215, Savigny V 237—252, Sintenis I § 31, Wächter I § 104—109. Württ. Privatr. II § 118. 119, Unger II § 119—122. — Das bei § 105 citirte Werk von Unterholzner behandelt diese Lehre nicht an einem und demselben Orte; s. aber namentlich II § 252 fg.

§ 106. [1] Wenn die Römer von zeitlicher Beschränkung der actio sprechen, so wollen sie nicht das specifische Moment der Klagebefugniß, das Moment der Befugniß das Gericht anzurufen, im Gegensatz zur Berechtigung an sich hervorheben, sondern sie wollen die Berechtigung selbst bezeichnen; gerichtliche Verfolgbarkeit ist ihnen der Ausdruck für Berechtigung. Wenn wir heutzutage von Verjährung der „Klagen" reden, so unterliegen wir fortwährend der Gefahr, aus dem specifischen Moment der Klagebefugniß Consequenzen abzuleiten, welche sehr unrömisch sind. — Einzelne Schriftsteller haben das auch richtig erkannt. Linde (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II S. 153) spricht von Verjährung der „Rechte", was freilich zu weit ist, da mit diesem Ausdruck auch die Verjährung der dinglichen Rechte umfaßt ist, welche mit der Verjährung der actio nichts zu thun hat. Umgekehrt ist es zu enge, wenn Wächter Württ. Privatr. II S. 806, vgl. 476 Note 1, von „Schuldverjährung" geredet wissen will, da der dingliche Anspruch unter den Ausdruck Schuld

hinzu; die Regel der Verjährung der actiones ist erst im 5. Jahrhundert n. Chr. ausgesprochen worden[2].

Von dieser Regel gibt es nur Eine Ausnahme: unverjährbar sind die Steuerforderungen des Fiscus[3]. Was man gewöhn-

---

schlecht untergebracht werden kann. Vgl. Windscheid die Actio ꝛc. S. 38. In dem Pandektenlehrbuch (I S. 540) hat Wächter den Ausdruck Anspruchsverjährung angenommen.

[2] Von Theodosius II. a. 424 (l. un. C. Th. de actionibus certo tempore finiendis 4. 14 = l. 3 C. de praescr. XXX 7. 39). Als regelmäßige Verjährungszeit bestimmte Theodosius 30 Jahre, unter Bestätigung der kürzeren Verjährungsfristen. Das Nähere über das Geschichtliche s. bei Puchta Inst. II § 208. Zu vergleichen ist auch: Demelius Untersuchungen aus dem römischen Civilrecht (1856) Nr. 1. Dieser letztere Schriftsteller nimmt einen principiellen Gegensatz zwischen der älteren vortheodosischen und der durch Theodosius eingeführten Anspruchsverjährung an; nur diese letztere sei eine eigentliche Verjährung, nur sie habe ihren Grund in der fortgesetzten Unthätigkeit des Berechtigten, während die älteren Bestimmungen einzelne actiones von vorne herein mit Rücksicht auf den besonderen Inhalt des Rechtsverhältnisses auf bestimmte Zeit beschränkt, zu actiones temporales gemacht hätten. Man kann zugeben, daß hier in der That ein Gegensatz vorhanden sei; aber keinenfalls wird man aus demselben Gegensatz praktische Consequenzen ziehen dürfen. Demelius gibt selbst zu, daß der Gegensatz bereits für das spätere römische Recht nicht mehr vorhanden gewesen sei, und daß daher die in den Kaiserconstitutionen getroffenen Bestimmungen auf die alten actiones temporales mit zu beziehen seien. Aber er will nicht auch umgekehrt das Recht der letzteren auf die neuere Verjährung übertragen wissen. Nach meiner Ansicht mit Unrecht; was das römische Recht selbst als ein einiges Institut ansieht, dürfen wir nicht deßwegen auseinanderreißen, weil wir zu erkennen glauben, daß der Grund der unter dasselbe gehörenden Rechtssätze ein verschiedener sei. — Dieselbe Unterscheidung, wie bei Demelius, findet sich, unabhängig von ihm, bei Brinz Pand. § 47 (2. Aufl. I § 112 fg.) und schon vorher bei Fick Diss. quid. intersit . . inter exceptionem temporis actionibus perpetuis opponendam et alias quas dicunt temporis praescriptiones. Marburgi 1847.

[3] L. 6 C. de praescr. XXX 7. 39. Savigny S. 410 behauptet, diese Ausnahme sei heutzutage „nicht mehr anerkannt". Ich habe für diese Behauptung, welche Puchta, Arndts, Sintenis sich angeeignet haben (auch ich selbst in der 1. Aufl.), einen Anhalt nicht finden können. Vgl. Unterholzner II S. 403, Vangerow I § 148 Anm. 2 Nr. 4, Holzschuher II § 19 Nr. 10. — Andere Ausnahmen des römischen Rechts beziehen sich auf Verhältnisse, die heutzutage nicht mehr vorkommen. L. 3 C. de l. t. praescr. quae pro lib. 7. 22, l. 5 C. de praescr. XXX 7. 39, l. 23 pr. C. de agric. 11. 48 [47].

lich sonst noch als Ausnahme anführt, daß der Anspruch auf Theilung nicht verjähre, ist keine Ausnahme, da dieser Anspruch in jedem Momente der Gemeinschaft neu entsteht[4].

Auch durch Vertrag kann die Verjährung nicht ausgeschlossen werden, da sie im öffentlichen Interesse eingeführt ist[5]. Ebensowenig kann durch Vertrag die Verjährung erschwert, im Besonderen die Verjährungsfrist verlängert werden.

a. Bedingungen.

α. Unbefriedigtheit des Anspruchs. Beginn der Verjährung.

§ 107.

Die erste Bedingung der Anspruchsverjährung ist Unbefriedigtheit des Anspruchs. So lange der Anspruch befriedigt ist, d. h. so lange der von ihm geforderte thatsächliche Zustand vorhanden ist, läuft ihm keine Verjährung[1]. Dagegen läuft dem unbefriedigten Anspruch die Verjährung sofort von seiner Entstehung an[2]. Entstanden[3] aber ist der Anspruch, sobald das

[1] Es versteht sich von selbst, daß die sonstigen Ansprüche aus der Gemeinschaft der gewöhnlichen Verjährung unterworfen sind, l. 1 § 1 C. de ann. exc. 7. 40, vgl. l. 6 C. fin. reg. 3. 39. Vgl. auch Seuff. Arch. IV. 223, XV. 227, XXXII. 4.

[5] Ein anderes ist der Verzicht auf die durch die Verjährung erworbene Rechtsstellung; dieser ist vollkommen zulässig. Savigny V S. 411—413. Vgl. Seuff. Arch. XV. 157, XXV. 168, XXVI. 218. Gleiches gilt für die Ersitzung: Seuff. Arch. XXXIII. 100.

§ 107. [1] Durch die Befriedigung des Anspruchs wird derselbe in den meisten Fällen aufgehoben, so daß schon deßwegen von Verjährung keine Rede sein kann. Aber es ist das nicht nothwendig, wie es denn namentlich bei den auf Nichtthun gerichteten Ansprüchen, ferner bei denjenigen positiven, welche auf das Bewirken eines dauernden Zustandes gerichtet sind, nicht der Fall ist.

[2] L. 1 § 1 C. de ann. exc. 7. 40: — „ex quo ab initio competit et semel nata est (actio)". L. 3 C. de praeser. XXX 7. 39: — „actiones XXX annorum iugi silentio, ex quo iure competere coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem". L. 30 C. de l. D. 5. 12. Die Neueren pflegen den Ausdruck actio nata als technischen zu gebrauchen. Vgl. Demelius Untersuchungen S. 115. 204.

[3] Die Frage nach der „actio nata", nach der „Nativität der Klagen" hat eine umfangreiche Literatur. Vgl. außer den oben bei § 106 genannten Schriftstellern: Unterholzner Verjährungslehre I § 88. II § 260. 264—266, Thon Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 1 fg. (1835), Lenz Studien und Kri-

Recht, dessen Ausdruck er ist, entstanden ist; der Anspruch ist nichts, als das Recht selbst in seiner Richtung auf die Unterwerfung menschlichen Willens (§ 43). Dieß ist in gleicher Weise wahr für den dinglichen wie für den persönlichen Anspruch. Wenn nichtsdestoweniger die Verjährung des dinglichen Anspruchs nicht in gleicher Weise mit der Entstehung des dinglichen Rechts beginnt, wie die Entstehung des persönlichen Anspruchs mit der Entstehung des persönlichen Rechts: so hat dieß seinen Grund darin, daß der mit dem dinglichen Recht entstehende Anspruch, so lange nichts vorliegt, als das dingliche Recht, auch befriedigt ist. Er ist darauf gerichtet, daß Niemand die durch das dingliche Recht gegebene Herrschaft über die Sache störe; so lange dieß Niemand gethan hat, hat der Berechtigte das, was er kraft des dinglichen Anspruchs verlangen kann. Die Verjährung des dinglichen Anspruchs beginnt daher erst dann, wenn von einer bestimmten Person eine Störung der dinglichen Herrschaft ausgegangen, und dadurch dem Berechtigten etwas entzogen worden ist, was er kraft seines Anspruchs haben sollte[4]. Anders bei dem persönlichen Anspruch. Zwar wenn das persönliche Recht, mit welchem der persönliche Anspruch entsteht, auf ein Nichtthun des Verpflichteten geht, gilt von dem persönlichen Anspruch das Gleiche, wie von dem mit dem dinglichen Recht entstehenden; er ist, wie

tiken ꝛc. Nr. 4 (1847), Vangerow Arch. f. civ. Pr. XXXIII S. 293 fg. (1850) und Pand. I § 147 Anm., Brackenhöft Arch. f. prakt. RW. IV S. 76 fg. (1856), Demelius Untersuchungen Nr. 2 (1856), Unger II § 116, Leonhard Jahrb. f. Dogm. XVII S. 438 fg.

[4] Wie ist es aber, wenn die Störung mit dem Willen des Berechtigten erfolgt ist, z. B. der Eigenthümer hat seine Sache mit Vorbehalt künftiger Rückgabe einem Anderen freiwillig hingegeben? Die Störung ist deßwegen nicht weniger vorhanden, und daher der Eigenthumsanspruch gegen den Besitzer sogleich begründet (vgl. l. 9 D. de R. V. 6. 1). Ob er sogleich verjährt, hängt davon ab, ob der Eigenthümer verpflichtet ist, dem Besitzer die Sache eine gewisse Zeit hindurch zu lassen, oder nicht. Im ersten Falle (z. B. bei der Miethe) verjährt der Anspruch erst nach Ablauf jener Zeit, wegen der ihm bis dahin entgegenstehenden Einrede (§ 109, l. 7 § 6 C. de praescr. XXX 7. 39); im zweiten Falle (z. B. beim Precarium), wo dieses Hinderniß der Geltendmachung des Anspruchs nicht entgegensteht, beginnt seine Verjährung sogleich (l. 2 C. de praescr. XXX 7. 39 handelt von der Ersitzung, Demelius Untersuch. S. 111 Note 2). Vgl. Note 5 a. E. und Unger § 116 Note 15. § 120 Note 7a.

er entstanden ist, auch befriedigt, und verjährt daher nicht von der Zeit seiner Entstehung an, sondern erst von der Zeit an, wo der Verpflichtete aufhört, ihm nachzukommen. Geht dagegen der persönliche Anspruch auf eine Thätigkeit des Verpflichteten, so ist, so lange diese Thätigkeit nicht eintritt, der Anspruch ein unbefriedigter, und daher beginnt seine Verjährung sogleich, ohne daß nöthig wäre, daß dem Verpflichteten die Erfüllung angesonnen worden sei und dieser sie verweigert habe[5]. —

[5] Darüber ist im Allgemeinen kein Streit, lebhafter nur in Betreff Einer Klasse von Fällen, derjenigen nämlich, wo der Berechtigte, ohne an die Einhaltung einer bestimmten Frist gebunden zu sein (darüber daß, wenn er in dieser Weise gebunden ist, die Verjährung erst nach Ablauf dieser Frist beginne, herrscht Uebereinstimmung, s. Note 7 mit Text und § 109 Ziff. 1), doch ausdrücklich oder stillschweigend erklärt hat, einstweilen von seinem Anspruch keinen Gebrauch machen zu wollen, wie z. B. bei einem Darlehn, welches schlechthin, oder mit der Erklärung, daß der Empfänger es behalten dürfe, bis der Darleiher es zurückfordere („auf Kündigung", „bis zur Kündigung", vgl. l. 48 D. de V. O. 45. 1: „decem cum petiero" und Savigny V S. 295, Leonhard a. a. O. S. 469), gegeben worden ist, ferner beim Depositum, Precarium, beim vorbehaltenen Rückkaufsrechte (der gewöhnlich ebenfalls hierher gestellte Fall des commodatum gehört nicht hierher, weil der Leihende gebunden ist, die Sache dem Empfänger bis zum gemachten Gebrauche zu lassen), vgl. Demelius Untersuch. S. 178 fg., Unger II § 116 Anm. 11. Für diese Fälle behaupten namhafte Schriftsteller (Kierulff S. 193 fg., Savigny V S. 291 fg., Sintenis I S. 281 fg., Puchta Vorles. I S. 204—206, Keller S. 172. 173), actio nata sei erst vorhanden, wenn der Verpflichtete auf die Aufforderung des Gläubigers die Leistung verweigert bez. nicht bewirkt habe. Diese Behauptung wird nicht sowohl auf die Quellen gestützt, gegen deren Aussprüche sie sich vielmehr nur vertheidigt, und zwar nach richtiger Interpretation ohne Erfolg (s. l. 1 § 22 D. dep. 16. 3, l. 94 § 1 D. de sol. 46. 3, l. 8 § 7 D. de prec. 43. 26, und darüber Windscheid die Actio ꝛc. ꝛc. S. 42 Note 11 [wo aber auf S. 43 in der zweiten Zeile der Note v. o. statt „nicht" „nicht nicht" zu lesen ist!]), als vielmehr auf die Natur der Sache, indem nämlich geltend gemacht wird, daß vorher der Schuldner in der Nichtleistung kein Unrecht thue, das Recht des Gläubigers nicht verletze. Von diesem Argument wird die hier vertretene Ansicht, welche als das Verjährende den Anspruch ansieht, nicht betroffen; für die herrschende Auffassung, welche als das Verjährende das Klagerecht ansieht, ist dieses Argument äußerst bedenklich — ein Klagerecht, ein Recht sich zu beklagen und den Staat um Hülfe anzurufen, kann Niemandem zugestanden werden, der nicht eine Rechtsverletzung erlitten hat. Diejenigen, welche dieß leugnen (Thon S. 33 fg., Lenz S. 237 fg., Bangerow Arch. S. 295 fg. und Pand. § 137 Anm. Nr. I. 2, Unger S. 377 fg., Zrodlowski Arch. f.

Ein bedingter Anspruch ist noch kein entstandener Anspruch (§ 89); seine Verjährung beginnt daher erst mit dem Eintritte

civ. Pr. LII S. 360), verstehen in der That unter Klagerecht, Klage, nichts Anderes, als was hier Anspruch genannt wird, so daß nur ein Streit über den Namen übrig bleibt. Andere finden eine Rechtsverletzung schon in der Thatsache der Unbefriedigtheit des Anspruchs, so Wächter Württ. Privatr. II S. 412—413. 807 (vgl. Pand. I S. 543) und Demelius Untersuchungen S. 146 fg. (welche aber im Einzelnen von einander abweichen, indem Demelius die Rechtsverletzung nur für die Verjährung des Klagerechts erfordert, Wächter auch für seine Entstehung), s. auch A. Thon Rechtsnorm und subjectives Recht S. 255, Dernburg I S. 335. Hiergegen ist zu bemerken, daß ein Zustand, welcher in Folge des Willens des Berechtigten besteht, weder geeignet ist, ihm Anspruch auf „Schutz", auf „Genugthuung" zu geben (Wächter), noch sein Klagerecht zur „Thätigkeit", zum „Kampf" herauszufordern (Demelius). Aeltere Schriftsteller helfen sich durch Aufstellung der Regel: Toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas eius est in potestate creditoris. Diese Regel, welche sich noch bei Unterholzner § 260 findet, ist zwar seit dem Angriff von Thon Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 1 fg. § 1—12 [1835]) im Uebrigen allgemein aufgegeben (vgl. Seuff. Arch. XXXIII. 101), wird aber jetzt in der Sache, mit einer andern Wendung in der Form, reproducirt von Zrodlowski Arch. f. civ. Pr. LII S. 358 fg., welcher Schriftsteller folgenden Satz aufstellt: sobald „der Gläubiger die Klage anstellen kann, ohne durch objective Gründe, deren Beseitigung nicht in seiner Macht liegt, an der Geltendmachung seines Rechts gehindert zu sein", ist sofort actio nata vorhanden. (Uebrigens enthält die bezeichnete Regel einen wahren Kern, s. Note 9.) Endlich ist in der neuesten Zeit eine andere ältere Meinung wieder hervorgeholt worden, wonach zwar das Klagerecht erst nach der Kündigung, sofort aber das Kündigungsrecht verjähren soll: dem Verf. (Roscher Arch. f. civ. Pr. LV S. 100 fg.) ist es nicht gelungen, die Verjährbarkeit des Kündigungsrechts mit den allgemeinen Grundsätzen über Verjährung in Einklang bringen. — Die Praxis steht noch überwiegend auf dem Standpunkt der Verletzungstheorie, so jedoch, daß bei verzinslichen Darlehen eine die Klage begründende Rechtsverletzung auch in dem Ausbleiben einer Zinszahlung gefunden wird. Hiernach ist erkannt in den Urtheilen bei Seuff. Arch. I. 312, IV. 201, VI. 3, XIII. 6, XVI. 3, XVIII. 2, XXIII. 7, XXXII. 107, s. auch XIV. 204. Die richtige Auffassung ist vertreten in den Erkenntnissen V. 272, XVII. 203, XXII. 206, s. auch XVIII. 233, XXXII. 4. Das Obertribunal zu Stuttgart läßt (XIX. 7) bei unverzinslichen Darlehen die Verjährung sofort von der Ausbezahlung an beginnen, während es bei verzinslichen an dem Erforderniß der Kündigung oder des Ausbleibens einer Zinszahlung festhält — welche Inconsequenz bereits der Einsender der Entscheidung gerügt hat. — Uebrigens wiederholt sich dieselbe Frage, die hier behandelt worden ist, für die dinglichen Ansprüche, obgleich sie auf diese gewöhnlich nicht bezogen wird. Von dem Eigenthumsanspruch desjenigen, der eine

der Bedingung[6]. Ebenso ist aber auch ein befristeter Anspruch noch kein entstandener Anspruch (§ 96); seine Verjährung beginnt daher erst mit dem Herankommen des Zeitpunktes, auf welchen er gestellt ist[7]. Bei Ansprüchen auf periodisch wiederkehrende Leistungen (Renten, Zinsen, Mieth- und Pachtgelder) läuft deßwegen eine besondere Verjährung für jeden einzelnen fällig werdenden Posten; es ist aber positiv bestimmt, daß die Verjährung des Anspruchs auf das Kapital auch jeden Zinsanspruch ausschließen soll[8]. —

Sache precario gegeben hat, gilt ganz in gleicher Weise, wie von seinem persönlichen Anspruch, daß der Anspruch sogleich begründet ist, und daß der Besitzer vor der Rückforderung durch die Nichterfüllung desselben nicht Unrecht thut. S. Note 4.

[6] L. 7 § 4 C. de praescr. XXX 7. 39.

[7] L. 7 § 4 C. cit., vgl. l. 8 i. f. C. qui bonis 7. 71. Für den befristeten Anspruch ist aber auch eine andere Auffassung möglich, nämlich, daß er sofort existent sei, nur nicht sofort geltend gemacht werden könne (§ 96). Faßt man ihn in dieser Weise auf, so gehört der Satz, daß die Befristung die Verjährung ausschließe, nicht hierher, sondern in § 109.

[8] L. 7 § 6 C. de praescr. XXX 7. 39, l. 26 pr. C. de usur. 4. 32. Seuff. Arch. IV. 201 Nr. II, VI. 3, XIII. 6, XIV. 110, XVIII. 2. — Unterliegt auch das Recht auf die terminliche Leistung als solches einer Verjährung? Es ist dieß eine seit der Glossatorenzeit bestrittene Frage. Früher wurde sie von der Mehrzahl der Schriftsteller verneint, s. namentlich I. H. Boehmer Exerc. ad Pandectas V. nº. 85. ius eccl. Prot. II. 26 § 4—24; in der neueren Zeit ist die vorherrschende Ansicht für die Bejahung der Frage, jedoch nur unter der Voraussetzung einer von Seiten des Schuldners erfolgten Bestreitung des Gesammtrechts. S. Unterholzner II S. 306, Savigny V S. 312, Sintenis I § 31 Anm. 35, Holzschuher I § 19 Nr. 3; Seuff. Arch. I. 156, III. 138, VI. 4 a. E., IX. 117. 323, XI. 6 (in der Note), XIV. 110. 117 Nr. I, XVI. 2, XVII. 83, XXX. 255, XXXII. 330. Vgl. auch Buchka und Budde Entscheidungen IV. 41. Keine Bestreitung des Gesammtrechts verlangen die Erkenntnisse bei Seuffert I. 157, III. 3, VI. 4 z. A., VI. 132, und in diesem Sinne hat sich auch Gerber Jahrb. f. Dogm. II S. 47. 48 ausgesprochen. Vgl. noch Seuff. Arch. XIV. 117 Nr. II. III. Gegen alle Verjährung des Gesammtrechts hat sich wieder erklärt Demelius Untersuchungen S. 200—203; ihm folgen Schirmer zu Unterholzner § 262 Note 740, Unger § 120 Note 10. Für diese Ansicht sprechen l. 7 § 6 C. de praescr. XXX 7. 39 und l. 45 [46] § 9 C. de ep. et cl. 1. 3; für die Verjährung nach erfolgter Verweigerung l. 14 C. de fund patr. 11. 62 [61], die mir aber von einer der Anspruchsverjährung durchaus fremden Idee auszugehen scheint („si per quadraginta annos ademti canonis beneficium iugiter possederunt"). Vgl. noch Dernburg Preuß. Privatr. I § 167 a. E.

Einen Fall gibt es, in welchem die Verjährung eines Anspruchs schon beginnt, ehe er entstanden ist. Dieser Fall ist, wenn die Entstehung des Anspruchs auf den nackten Willen des Berechtigten gestellt ist. Einen Anspruch, den ich durch ein Wort in's Leben rufen kann, kann ich ganz in der nämlichen Weise geltend machen, wie einen Anspruch, der mir jetzt schon zusteht, und meine Unthätigkeit in Beziehung auf denselben kann daher keine andere Bedeutung haben, als meine Unthätigkeit in Beziehung auf einen bereits entstandenen Anspruch[9]: Anders wenn

[9] Dieß ist, wie ich glaube, der wahre Kern der in der Note 5 erwähnten Regel: toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas eius est in potestate creditoris. Die herrschende Ansicht stimmt damit nicht überein; aber sie verwickelt auch wenigstens diejenigen, welche die in der Note 5 genannte Klasse von Fällen entscheiden, wie dort geschehen, in unerträgliche Schwierigkeiten. Dieselben müssen z. B. annehmen, daß, wenn bei einem Kaufvertrage der Käufer sich ein Rücktrittsrecht vorbehalten habe, sein Anspruch gegen den Verkäufer erst von der Zeit des erklärten Rücktritts an verjähre, während sie den Anspruch aus dem bedungenen Rückkaufsrechte (pactum de retrovendendo) von der Zeit des Abschlusses des Kaufvertrages oder der Uebergabe der Sache (das Erstere ist gewiß das Richtigere) verjähren lassen. (Dagegen zwar Demelius Untersuch. S. 194 fg., aber nicht überzeugend; vgl. auch Unger § 116 Note 11.) Ferner: wenn ein Darlehn „auf Kündigung", „bis zur Kündigung" gegeben ist, lassen sie die Verjährung sogleich beginnen; wenn „bis acht Tage nach geschehener Kündigung", erst acht Tage nach geschehener Kündigung, so daß ohne Kündigung ein solches Darlehn noch nach 100 und mehr Jahren zurückgefordert werden kann! „Freilich läßt sich nicht verkennen, daß diese Entscheidung mit dem ganzen Institut der Verjährung und dessen Tendenz in schneidendem Widerspruch steht", Unger S. 410; aber „von rein theoretischem Standpunkt" glaubt dieser Schriftsteller nicht anders entscheiden zu können. Sollte da nicht der „theoretische Standpunkt" unrichtig sein? Nach der im Text aufgestellten Regel ist ein solches Darlehn zu behandeln als ein Darlehn, welches nach acht Tagen zurückgefordert werden kann, so daß der Anspruch aus demselben nach acht Tagen zu verjähren beginnt. Uebereinstimmend im Resultat Unterholzner II § 260, Wächter Württ. Privatr. II § 118 Note 15. Pand. I S. 543, Zrodlowski Arch. f. civ. Pr. LII S. 358 fg. (Wächter mit Berufung auf l. 16 § 1 D. de compens. 16. 2, Unterholzner und Zrodlowski nach ihren in Note 5 berichteten Grundauffassungen); dawider namentlich Thon S. 3 fg., Vangerow Arch. S. 312 und Pand. I § 147 Anm. Nr. II. 3, Demelius S. 117, Unger II § 120 Note 6, s. auch die Note zu Seuff. Arch. XIX. 7. Leonhard a. a. O. 469 ist für sofortigen Beginn der Verjährung ohne Aufschub durch die Kündigungsfrist. In der Praxis hat die hier vertretene Meinung erst in der neueren Zeit Eingang gefunden. Seuff. Arch. XXXIII. 187 (OT. zu Berlin),

die Entstehung des Anspruchs auf eine Handlung des Berechtigten (genauer: eine andere Handlung, als die Erklärung des Willens, daß der Anspruch entstehen solle) gestellt ist; hier bleibt es bei der Regel und die Verjährung beginnt erst mit Vornahme dieser Handlung[10].

β. Nichtausübung des Anspruchs.

§ 108.

Die zweite Bedingung der Anspruchsverjährung ist Nichtausübung des Anspruchs[1]. Durch die Ausübung des Anspruchs

XXXIV. 85 (ROHG., Entsch. XXIII S. 232 fg.), XXXIV. 176 (OG. zu Wolfenbüttel). Die frühere Praxis war aber geneigt, der Kündigung das Ausbleiben einer Zinszahlung gleichzustellen. Seuff. Arch. I. 312, IV. 201, VI. 3, XIII. 6, XVI. 3, XVIII. 2, XIX. 7 Nr. 2, XXVII. 87. 201. Hiergegen: XIII. 122, XX. 196; umgekehrt gegen die Hinzurechnung der Kündigungsfrist im Fall des Ausbleibens einer Zinsenzahlung: XIII. 6, XXV. 3.

[10] Daher beginnt z. B. die Verjährung des Anspruchs auf Rückgabe der Pfandsache erst mit Tilgung der Schuld (l. 9 § 3 D. de pign. act. 13. 7), nicht sogleich mit Hingabe der Pfandsache. Vgl. Glück XIV S. 169 fg., Savigny S. 283. 299 fg., Vangerow Pand. I § 147 Anm. Nr. II. 5, Unger § 120 Note 5, Dernburg Pfandrecht I S. 159. 160; dawider, mit Berufung auf jene Regel, Unterholzner II § 264. Ebenso beginnt die Verjährung erst mit der Kündigung dann, wenn die Kündigung die Bedeutung hat, ein vorhandenes Rechtsverhältniß aufzulösen, wie z. B. bei der Miethe. Leonhard S. 469 fg. Verjährung der hereditatis petitio bei unangetretener Erbschaft? Seuff. Arch. XXXIX. 85. Entscheid. d. RG. XI S. 234 (= Seuff Arch. XXXIX. 286). — Leonhard bemängelt die Kategorie des nackten Willens und schlägt dafür eine andere Formel vor (S. 476). Derselbe Schriftsteller glaubt der Annahme einer vor der Entstehung des Anspruchs beginnenden Verjährung dadurch entgehen zu können, daß er sagt (S. 465): in dem bezeichneten Fall sei zwar im Uebrigen actio nata nicht vorhanden, wohl aber für die Verjährung. Das ist denn freilich bequem.

§ 108 [1] Grawein a. a. O. S. 43 fg. beanstandet den Ausdruck Nichtausübung, indem er geltend macht, daß durch die Ausübung der Anspruch seine Existenz verliere. Das ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig (Note 1b), und es scheint mir sowohl ein zusammenfassender Ausdruck für die Lehre von der Verjährung schwer entbehrlich, als auch der Ausdruck: Ausübung, Nichtausübung des Rechts (Anspruchs) für diesen Zweck der empfehlenswertheste. Ich ziehe es daher vor, die Incorrectheit, welche in der Beziehung des Ausdrucks Nichtausübung auf die Anspruchsverjährung allerdings liegt, hinzunehmen, und sie im Folgenden, wie im Text geschehen ist, zu verbessern. Grawein selbst sagt: Nichtvornahme derjenigen Akte, welche die Rechtsordnung als Unterbrechungsgründe der Verjährung bezeichnet. Vgl. hiergegen, von verschiedenen

(§ 121) wird die Verjährung, welche mit seiner Entstehung bez. seiner Nichtbefriedigtheit zu laufen begonnen hat, aufgehoben, man sagt: unterbrochen[1a]. Zur Unterbrechung der Verjährung ist aber nicht die volle Ausübung des Anspruchs, d. h. die Verwirklichung des dem Anspruch entsprechenden Verhaltens des Verpflichteten[1b] erforderlich; es genügt, daß kraft des Anspruchs irgend etwas von dem Verpflichteten erlangt wird, z. B. Zinsen, Abschlagszahlung, Pfand, Bürgschaft, neue Schuldurkunde[2], oder daß

Seiten: Strohal Grünhut's Zeitschr. IX S. 69, Krasnopolski krit. VJSchr. XXIII S. 360, Schwalbach Jahrb. f. Dogm. XX S. 378 fg.

[1a] Quellenmäßige Ausdrücke: interruptio temporis, praeteriti temporis, interrupta temporum curricula; temporalis interruptio; interruptum silentium; interruptio schlechthin. L. 1 § 1 l. 2. 3 C. de ann. exc. 7. 40, l. 7 pr. § 5 C. de praescr. XXX. 7. 39, l. 4 [5] C. de duob. reis 8. 39 [40]. Die Idee der Unterbrechung gehört erst der späteren Verjährung an, Demelius Untersuchung S. 60—64. 96 fg.

[1b] Wodurch der Anspruch in allen Fällen, wo das durch ihn geforderte Verhalten nicht ein dauerndes ist, aufgehoben werden würde.

[2] L. 7 § 4 l. 8 § 4 C. de praescr. XXX. 7. 39, l. 19 C. de fide instr. 4. 21, l. 4 [5] C. de duob. reis. 8. 39 [40]. Vgl. Savigny S. 314—316, Seuff. Arch. VIII. 9, XX. 197 vgl. 188. Genügt einfache Anerkennung? Dafür Unterholzner § 262, Savigny S. 314. 315, Demelius Untersuch. S. 63. 100, Bähr Anerkennung S. 176 fg. (2. Ausg. S. 193 fg.). Seuff. Arch. X. 223, XVI. 91, XX. 188, XXVI. 289, XXXI. 6 (= Entscheid. des OAG. zu Rostock VIII Nr. 10), XXXIV. 4, XXXVII. 185; dagegen Bruns Zeitschr. f. Rechtsgesch. I S. 108, s. auch Seuff. Arch. XIX. 113, XXI. 5. — Manche behaupten, daß eine geleistete Zinszahlung die Verjährung noch bis zum nächsten Zinstermin ausschließe: Savigny S. 306 fg., Wächter Württ. Privatr. II § 118 Note 16; dagegen Demelius Untersuchung I S 170 fg., Schirmer zu Unterholzner II S. 308 Note *, Unger II S. 408 in der Anm., Vangerow I S. 227 (in der 7. Aufl., anders noch in der 6. S. 255), s. auch die Note 5 zu Seuff. Arch. XIX. 7. Sieht man den Grund, weßwegen die Zinszahlung die Verjährung unterbricht, nach der richtigen Auffassung darin, daß in den Zinsen der Gläubiger seinen Anspruch genießt, so ist jene Ansicht von selbst widerlegt (die Zinsen müßten denn zum Voraus gezahlt sein). Jene Ansicht steht aber unter dem Einfluß der Verletzungstheorie (§ 107 Note 5); erst mit dem Ausbleiben einer Zinszahlung, nimmt sie an, sei das Recht des Gläubigers auf das Kapital verletzt. In diesem Sinne ist entschieden in den Urtheilen bei Seuff. Arch. I. 312, IV. 201, VI. 3, XVII. 2, XIX. 7. — Wird die Verjährung auch dadurch ausgeschlossen, daß Zinsen von dem dritten Besitzer der Hypothek erlangt werden? Bejahend beantwortet durch einen Plenarbeschluß des geh. Obertribunals zu Berlin vom 2. Mai 1842 bei Seuff. Arch. I. 158.

dem Verpflichteten etwas ihm Gebührendes vorenthalten wird[3]. Ja noch mehr, schon das genügt zum Ausschluß der Verjährung, daß der Berechtigte das Seinige thut, um sich die Befriedigung seines Anspruchs zu sichern, d. h. daß er Klage gegen den Verpflichteten erhebt[4], während durch bloße Mahnung die Verjährung nicht unterbrochen wird[5]. Die Klage kann vor dem öffentlichen Richter erhoben werden, wobei jedoch erforderlich ist, daß derselbe für die Sache competent sei[6], oder auch vor dem vereinbarten Schiedsrichter[7]. Ist die Zustellung der Klage nicht zu

[3] L. 7 § 5 C. de praescr. XXX 7. 39. „Immo et illud procul dubio est, quod si quis eorum, quibus aliquid debetur, res sibi suppositas sine violentia tenuerit, per hanc detentionem interruptio fit praeteriti temporis". Savigny S. 313. Andere (Unterholzner II S. 308, Unger II § 121 Note 23a) verstehen diese Stelle, gegen ihren Wortlaut, von der Ueberlieferung eines versprochenen Pfandes und der darin liegenden Anerkennung, so daß also der Pfandbesitz als solcher kein Grund der Ausschließung der Verjährung sein würde.

[4] Entscheidend ist der Zeitpunkt der Ladung, d. h. der Zustellung der Klage an den Gegner. CPO. § 239. 230. 460. 461. 471 Abs. 1. 186 fg. 190. So auch für das frühere gemeine Recht die überwiegende Meinung auf Grund von l. 3 C. de ann. exc. 7. 40, l. 7 pr. § 5 C. de praescr. XXX. 7. 39. Daneben gab es aber auch abweichende Ansichten: 1) bei den alten temporales actiones entscheide die Zeit der Litiscontestation (auf Grund von l. 9 § 3 D. de iurei. 12. 2, l. 8 § 1 D. de fidei. et nom. 27. 7); 2) es entscheide überhaupt die Zeit der Litiscontestation, aber mit Zurückziehung auf die Zeit der Einreichung der Klage bei Gericht; 3) es entscheide die Zeit der Ladung, aber mit Zurückziehung auf die Zeit der Einreichung der Klage bei Gericht; 4) es entscheide die Zeit der Einreichung bei Gericht. Das Nähere in den früheren Ausgaben.

[5] Savigny V S. 315, Wächter Württ. Privatr. II S. 816. Vgl. Seuff. Arch. IX. 249.

[6] Arg. l. 7 C. ne de statu def. 7. 21. Bopp Arch. f. civ. Pr. XLII S. 97 fg. Seuff. Arch. XI. 7, XXVII. 88, XXXV. 265. A. M. Hellmann Arch. f. civ. Pr. LXVI Nr. 7, Dernburg I § 148 Note 6. — Wie ist es, wenn die Klage aus einem anderen Grunde angebrachtermaßen abgewiesen wird? Bopp a. a. O. S. 106, Unterholzner I S. 446, Sintenis I § 31 Anm. 53, Unger II § 121 Note 28, Wach Grünhut's Zeitschr. VII S. 142, Mandry S. 277. Seuff. Arch. VI. 133, VIII. 228, IX. 250. 251, XX. 101, XXIII. 65, XXXVII. 159. Entsch. des RG. V S. 122 (= Seuff. Arch. XXXVII. 184). Abweisung wegen mangelnder Passivlegitimation: XXII. 207, XXXIV. 3 (RÖHG.). Zurücknahme der Klage: CPO. § 243 Abs. 3. Mandry S. 277. Vgl. Seuff. Arch. XIX. 262, XXIX. 105.

[7] L. 5 § 3 [1] C. de rec. arb. 2. 55 [56].

ermöglichen[7a], so kann die Verjährung durch eine mündliche oder schriftliche Protestation vor Gericht unterbrochen werden; wenn auch diese nicht zu bewerkstelligen ist, so wird durch schriftliche Protestation vor der Gemeindebehörde, im Nothfall durch Anschlag einer von einem Notar oder drei Zeugen unterschriebenen Protestation am Wohnorte des Gegners die gleiche Wirkung erreicht[8.9]. Der Erhebung der Klage steht die Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren[10] und die Anmeldung des Anspruchs im Concurse[11] gleich. Die Geltendmachung des Anspruchs im Wege der Einrede unterbricht die Verjährung nicht[12].

§ 109.

Unter gewissen Voraussetzungen findet, trotz dem daß der Anspruch nicht ausgeübt wird, Verjährung nicht statt. Man sagt: die Verjährung steht still, ruht[1].

1. Die Verjährung läuft nicht, so lange dem Anspruche eine Einrede entgegensteht. Indem das Recht eine Einrede gegen den Anspruch gewährt, macht es die Geltendmachung des Anspruchs unmöglich, und würde daher mit sich selbst in Widerspruch treten, wenn es an die Nichtgeltendmachung desselben einen Nachtheil anknüpfen wollte[2]. Jedoch gilt von diesem Satze eine natürliche

[7a] Wozu auch gehört, daß CPO. § 186 fg. nicht anwendbar sei. Mandry S. 291.

[8] L. 2 C. de ann. 7. 40. Die Stelle verweist in Ermangelung des Gerichts an den Bischof oder defensor civitatis; die Gemeindebehörde substituirt passend Wächter Württ. Privatr. II S. 817. Vgl. Seuff. Arch. IX. 249.

[9] Das OAG. zu Lübeck hat entschieden (Seuff. Arch. XVI. 93), daß die ungerechtfertigte Verhinderung der Klagerhebung von Seiten des Gegners die replica doli begründe.

[10] CPO. § 633.

[11] KO. § 13. Mandry S. 292.

[12] Unterholzner I § 128, Savigny V S. 321.

[1] Die Neueren sagen: praescriptio dormit. Das Ruhen der Verjährung kann eintreten, nachdem schon vorher eine Verjährung gelaufen ist, aber auch sofort mit der Entstehung des Anspruchs. Im ersten Fall läuft nach Beseitigung des Verhältnisses, durch welches die Verjährung stille gestellt worden ist, die frühere Verjährung fort, während durch die Unterbrechung der Verjährung (§ 108) die bis dahin abgelaufene Verjährung ein für alle Mal beseitigt wird, und nach Aufhören der Unterbrechung eine neue Verjährung begonnen werden muß. § 109.

[2] Die Neueren sagen: agere non valenti non currit praescriptio. Na-

Ausnahme: der Berechtigte kann sich dann auf die seinem Anspruche entgegenstehende Einrede nicht berufen, wenn es in seiner Macht stand, die Einrede zu beseitigen, und es von ihm verlangt werden konnte, daß er sie beseitige[3].

mentlich gehört hierher auch der Fall einer dem Schuldner gewährten, den Gläubiger bindenden Frist. Gewöhnlich werden noch folgende Fälle besonders hervorgehoben: a) der Fall eines dem Schuldner gewährten Moratoriums, l. 8 i. f. C. qui bonis 7. 71 (welcher Fall übrigens gegenwärtig nicht mehr vorkommen kann, Einf.-Ges. zur CPO. § 14 Nr. 4); b) der Fall, wo ein Erbe mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten hat: während der für die Errichtung des Inventars ihm gewährten Frist darf er von den Erbschaftsgläubigern nicht in Anspruch genommen werden, l. 22 § 11 C. de iure del. 6. 30; c) der Fall, wo Baumaterial in ein fremdes Gebäude eingebaut ist: so lange dieses Gebäude steht, kann Herausgabe des Baumaterials nicht gefordert werden, § 29 I. de R. D. 2. 1. Gerade in diesem letzteren Falle aber kommt nach der richtigen Meinung die aufgestellte Regel nicht in Anwendung; Beweis dafür ist, daß durch die Einfügung des Baumaterials auch die Ersitzung desselben nicht unterbrochen wird. Das Recht gibt hier für die ausgeschlossene Eigenthumsklage Ersatz in einem Entschädigungsanspruch. Vgl. § 182 Note 13 in der zweiten Hälfte. Vgl. noch Seuff. Arch. XXI. 183, XXII. 285 (die Verjährung der im Concurse des Schuldners nicht befriedigten Ansprüche läuft so lange nicht, als nicht in den Vermögensverhältnissen des Schuldners sich eine äußerlich erkennbare Verbesserung vollzogen hat).

[3] Die Frage nach der Einwirkung einer dem Anspruch entgegenstehenden Einrede auf seine Verjährung ist schwierig und noch nicht zum Abschluß gediehen. Savigny (V S. 290) behauptet, daß keine Einrede die Verjährung ausschließe, und darin folgt ihm Dernburg Pfandr. II S. 599 (vgl. Preuß. Privatr. I § 167 Nr. 2, Pand. I S. 336), für die peremtorischen Einreden Unger II S. 410. Die dilatorischen sollen nach dem letzteren Schriftsteller die Verjährung dann ausschließen, wenn sie zu beseitigen „nicht in der Macht des Klagberechtigten liegt"; übereinstimmend Vangerow I § 147 Anm. Nr. I. 3. Das ist in der Sache allerdings (Brinz 1. Aufl. S. 167), trotz des Leugnens Ungers (a. a. O. Note 7a), ein Rückfall in die Regel: toties praescribitur etc. Die im Texte aufgestellte Regel verlangt, damit trotz der Einrede Verjährung stattfinde, außer der Macht des Berechtigten auch, daß er die Einrede hätte beseitigen sollen. Danach ist z. B. zu entscheiden bei der Retentions- und Compensationseinrede (der Berechtigte hätte den Gegner für seinen Anspruch befriedigen sollen), bei der Excussionseinrede (daß der Gläubiger den Schuldner nicht belangt hat, war Nachlässigkeit, vgl. Girtanner Bürgschaft S. 477) ꝛc. Ebenso bei der s. g. exceptio non adimpleti contractus, vgl. II § 321 Note 2. — Schwalbach Jahrb. f. Dogm. XIX S. 24 fg. lehrt jetzt, daß die Verjährung nicht ausgeschlossen werde durch diejenigen Einreden, mit welchen der Beklagte vorherige Befriedigung eines ihm gegen den Kläger zustehenden Anspruchs verlange; bei andern Einreden könne

2. Die rechtliche Unfähigkeit des Berechtigten, seinen Anspruch geltend zu machen, ist im Allgemeinen als Hemmungsgrund für die Verjährung nicht anerkannt, da diese Unfähigkeit durch die dem Unfähigen zugeordnete Vertretung wieder aufgehoben wird[4]. Davon sind jedoch für wichtige Fälle Ausnahmen gemacht: es läuft keine Verjährung gegen die Kinder, deren Vermögen dem väterlichen Genußrecht unterliegt[5], keine gegen die Geschlechtsunreifen, und keine unter 30 Jahren gegen die Minderjährigen[6]. Hierher läßt sich auch die Bestimmung stellen, daß die Verjährung des Eigenthumsanspruchs auf Herausgabe einer in

deßwegen von Verjährung des Anspruchs keine Rede sein, weil durch sie die Existenz des Anspruchs ausgeschlossen werde. Vgl. hierzu die Ausführungen bei Thon Rechtsnorm und subjectives Recht S. 266 fg. S. noch Leonhard Jahrb. f. Dogm. XVII S. 480. — In der vorigen Auflage habe ich den Zweifel angeregt, ob es richtig sei, im Princip auszusprechen, daß die Verjährung durch eine dem Anspruch entgegenstehende Einrede ausgeschlossen werde; lasse sich nicht sagen, daß nicht einleuchte, warum das Recht eine Vertheidigung, welche es einem Anspruch gegenüber gewährt, gegen den es alle sonstige Vertheidigung ausschließt, einem Anspruche gegenüber versagen sollte, gegen welchen es noch in anderer Weise sich zu vertheidigen gestattet? Hierbei ist doch einseitig auf den Verpflichteten Rücksicht genommen, und die Lage des Berechtigten nicht gehörig beachtet. — Nicht hierher gehört der Anspruch desjenigen, welcher seinem Gläubiger eine Sache zum Faustpfand gegeben hat. Derselbe hat nicht einen Anspruch auf Rückgabe mit entgegenstehender Einrede der nicht getilgten Schuld; er hat einfach einen Anspruch auf Rückgabe des Pfandes nach getilgter Schuld, also keinen Anspruch vor getilgter Schuld, einen Anspruch, welchen er zwar hervorrufen kann, sobald er will, aber nicht durch eine einfache, auf seine Entstehung gerichtete Willenserklärung (§ 107 Note 9 a. E.).

[4] So bei juristischen Personen, Wahnsinnigen, Verschwendern. Unterholzner I § 39, Savigny IV S. 436 fg., Seuff. Arch. XII. 121.

[5] L. 1 § 2 C. de ann. exc. 7. 40, l. 1 i. f. C. de bon. mat. 6. 60, l. 4 i. f. C. de bon. quae lib. 6. 61, Nov. 22 c. 24 i. f. Unterholzner I § 34. Seuff. Arch. II. 196.

[6] L. 3 C. de praescr. XXX 7. 39, Nov. 22 c. 24 i. f., l. 5 C. in quib. caus. i. i. r. 2. 40 [41]. Unterholzner I § 35, Haimberger Arch. f. civ. Pr. XXI S. 229–234, Vangerow I § 148 Anm. 2 Nr. 1. 2. Für die Gleichstellung der Minderjährigen mit den Geschlechtsunreifen im heutigen Recht das Urth. bei Seuff. VII. 143; dawider die Nachschrift des Herausgebers und X. 224, ferner Emminghaus Arch. f. prakt. RW. N. F. IV S. 396 fg., das Erk. des Spruchcollegiums zu Heidelberg Namens des OAG. zu Jena vom 7. Mai 1869, Arch. f. prakt. RW. N. F. VII S. 151 fg., Seuff. Arch. XXIII. 6, XXVIII. 4.

fremder Hand befindlichen Dotalsache gegen die Frau erst von der Zeit an zu laufen beginnt, wo die Dos an dieselbe gefallen ist[7].

3. Factische Hindernisse der Geltendmachung des Anspruchs werden in Betracht gezogen, wo die in § 104 erwähnte Berechnung der Zeit eintritt. Abgesehen hiervon wird die Verjährung nur[8] durch feindlichen Einbruch[9], und bei Ansprüchen der römischen Kirche durch ein Schisma gehemmt[10].

γ. Zeitablauf.

§ 110.

Die Nichtausübung des Anspruchs, wie sie im Vorhergehenden näher bestimmt worden ist, muß die vorgeschriebene Zeit hindurch gedauert haben. Die Verjährungszeit beträgt regelmäßig 30 Jahre[1]. Für einzelne Ansprüche erhöht sich diese Frist auf 40[2],

---

[7] L. 30 C. de I. D. 5. 12. Die Sache liegt insofern nicht ganz gleich, wie in den zuvor genannten Fällen, als der Frau vor Anfall der Dos der Anspruch gar nicht zusteht. Aber da sie in denselben eintritt, wie der Mann ihn hatte, so müßte sie eigentlich die dem Manne gegenüber abgelaufene Verjährungszeit auch sich gegenüber anerkennen; dieß schließt die Constitution aus.

[8] Namentlich nicht durch Unwissenheit der Berechtigten, vgl. l. 12 i. f. C. de praescr. l. t. 7. 33, l. 3 i. f. C. de praescr. XXX 7. 39. Savigny III S. 407 fg. Seuff. Arch. XXXIV. 174, XXXV. 264. — Eine andere Frage ist, ob gegen den Ablauf der Verjährung nicht Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begehrt werden kann, s. § 119.

[9] C. 13. 14 C. 16 qu. 3, c. 10 X. de praescr. 2. 26. Darüber eine besondere Abhandlung von Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII S. 274 fg.; Unterholzner I § 88 Note 296, Vangerow I § 323 Anm. 2 Nr. 3.

[10] C. 14 X. eod.

§ 110. [1] L. 3 C. de praescr. XXX. 7. 39, l. 1 § 1 C. de ann. exc. 7. 40.

[2] In 40 Jahren verjähren: a) die Ansprüche der Kirchen und der milden Stiftungen, welche sonst in 10, 20 oder 30 Jahren verjähren würden, Nov. 111. 131 c. 6, c. 4. 8 X. de praescr. 2. 26; Unterholzner I § 40. 41, Savigny V S. 354 fg.; b) der Anspruch des Pfandgläubigers auf Herausgabe des Pfandes unter gewissen Voraussetzungen, l. 7 § 1 C. de praescr. XXX 7. 39, vgl. § 235 Note 27; c) jeder Anspruch, wenn seine Verjährung einmal durch Proceß unterbrochen worden, dieser aber liegen geblieben ist, l. 9 C. eod., l. 1 § 1 C. de ann. exc. 7. 40, s. g. Verjährung der Litispendenz. Eine besondere Abhandlung darüber von Linde Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II S. 153—232 (1829); vgl. außerdem Unterholzner I § 125 Nr. 5, Savigny V S. 322—326, Wächter Erört. III S. 96. 97, Buchka

in einem Falle sogar auf 100 Jahre[3]; für andere Fälle erniedrigt sie sich auf 20, 10, 5, 4 Jahre, 1 Jahr, ½ Jahr, 2 Monate[4].

Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverhältniß II S. 55 fg., Vangerow I § 152 Anm. 1; Seuff. Arch. II. 127, III. 2, VI. 5. Einige, auch Solche, welche die Unterbrechung der Verjährung früher eintreten lassen, verlangen für diese neue 40jährige Verjährung, daß der Proceß bis zur Litiscontestation gediehen sei, indem sie auf dieselbe im Sinne des Justinianischen Rechts die in § 108 Note 4 genannten Stellen beziehen, in welchen gesagt wird, daß die Litiscontestation die Ansprüche gegen den Einfluß des Zeitablaufes sichere, Puchta § 96. g, Buchka a. a. O. S. 60 fg., Schirmer zu Unterh. I § 124 Note 425a a. E. S. dagegen Linde a. a. O. S. 172 fg., Savigny S. 323, Wächter Erörter. III S. 97. 98. d) Gilt nicht die 40jährige Verjährungsfrist auch für die Ansprüche des Fiscus und des Landesherrn und seiner Gemahlin? Diese Frage wurde früher, was die Ansprüche auf bereits erworbenes Vermögen, wenigstens die Eigenthumsansprüche, angeht, auf Grund von l. 4 C. de praescr. XXX 7. 39, l. 14 C. de fund. patr 11. 62 [61], l. 6 § 1 D. de I. F. 49. 14 allgemein bejaht; seit der Ausführung von Savigny V S. 359—361 ist die herrschende Meinung für die Verneinung. S. Vangerow I § 148 Anm. 2 Nr. 4 (seit der 6. Aufl.), Sintenis I § 31 Anm. 7 und die Citate in Note 3 des sogleich zu nennenden Aufsatzes von Heffter; auch Seuff. Arch. III. 296, XVII. 112, XXV. 217. In der neuesten Zeit sind aber für die frühere Meinung wieder eingetreten Heffter Jahrb. des gem. R. VI S. 1 fg. (1862) und Heimbach Arch f. civ. Pr. XLVIII S. 26 fg. (1865). Letzterer argumentirt bloß aus dem römischen Recht; Heffter beruft sich auf ein sich an l. 14 C. de fund. patr. anlehnendes, „auf übereinstimmender Rechtsansicht und Rechtsanschauung beruhendes deutsches Herkommen", „das durch die neueren Anfechtungen, welche erst vom dritten Jahrzehnt des gegenwärtigen Jahrhunderts stammen, und seither nicht die Praxis entschieden nach sich gezogen haben, für aufgehoben nicht erachtet werden könne". Die frühere Meinung ist festgehalten in dem Erkenntniß bei Seuff. Arch. XVIII. 14. Gegen die neue Vertheidigung derselben ist ausdrücklich gerichtet das oben genannte Erkenntniß XXV. 217. Für das Herzogthum Braunschweig wird eine feste Gerichtspraxis zu Gunsten der vierzigjährigen Verjährung behauptet und zur Anwendung gebracht durch das Erkenntniß XXXII. 108. — Nicht hierher gehören, wie von Einigen behauptet wird, die Ansprüche der Städte (l. 23 C. de ss. eccl. 1. 2, Nov. 111); Unterholzner I § 45, Savigny V S. 359, Vangerow I § 148 Anm. 2 Nr. 5, Pfeiffer Arch. f. civ. Pr. XXVIII S. 139 fg.; Seuff. Arch. III. 297, XIII. 7, XXXI. 306 (s. aber auch III. 137).

[3] Für die Ansprüche der römischen Kirche, welche sonst in 10, 20 oder 30 Jahren verjähren würden, Auth. *Quas actiones* zu l. 23 C. de ss. eccl. 1. 2, c. 17 C. 16 qu. 3, c. 13. 14. 17 X. de praescr. 2. 26, c. 2 eod. in VI° 2. 13. Unterholzner I § 42, Savigny V S. 357. 358.

[4] S. die Aufzählungen bei Göschen Vorlesungen über das gemeine

Die Verjährungszeit braucht nicht zwischen denselben Personen abzulaufen. Wenn durch Rechtsnachfolge in den Anspruch ein anderer Berechtigter oder Verpflichteter eintritt, so wird dadurch der Anspruch kein anderer, und deßwegen läuft seine Verjährung ungestört weiter. Aber auch wenn bei dem Wechsel der Personen die Identität des Anspruchs nicht erhalten bleibt, kann es vorkommen, daß in die Verjährung des jetzt bestehenden Anspruchs die Verjährung des früher dagewesenen eingerechnet werden darf. Es ist dieß dann der Fall, wenn die Sache, auf welche ein dinglicher Anspruch begründet ist, durch Rechtsnachfolge an einen andern Besitzer gelangt[5].

δ. Redlichkeit des Verpflichteten*.

§ 111.

Nach römischem Recht setzt die Anspruchsverjährung Redlichkeit (guten Glauben) des Verpflichteten, d. h. Unkenntniß von dem gegen

---

Civilrecht I § 150, Böcking Grundr. S. 57. 58, Holzschuher I § 19 Nr. 11. Hervorzuheben sind, als von allgemeinerer Natur, folgende Bestimmungen. In 20 Jahren verjähren die Ansprüche des Fiscus aus besonderen fiscalischen Rechten, l. 13 pr. D. de div. temp. praescr. 44. 3, l. 2 § 1 — l. 4 § 1 D. de requir. 48. 17, l. 1 § 3 D. de I. F. 49. 14. (Ausnahmen: l. 1 C. de quadr. praescr. 7. 37, l. 2 C. de vect. 4. 61.) In Einem Jahre verjähren die aus dem prätorischen Rechte stammenden Delictsansprüche, auch die auf Schadensersatz, welche Regel jedoch nicht unbedingt wahr ist; Savigny V S. 353. 354, Puchta § 91. ff. In Betreff der neueren Reichsgesetze vgl. Mandry S. 294 fg.

[5] Dafür spricht die Analogie der Ersitzung und l. 7 § 1. 2 i. f. C. de praescr. XXX 7. 39. L. 8 § 1 C. eod. ist von einem Falle zu verstehen, wo die Sache ohne Rechtsnachfolge an einen neuen Besitzer gelangt ist. Vgl. Savigny V S. 362–364, Dernburg (der ältere) Arch. f. civ. Pr. XXXIV S. 275 fg. (1851), Wächter II S. 815, Demelius Unters. S. 95 Note 15, Bekker Jahrb. d. gem. R. IV S. 199. — Uebrigens unterscheidet man gewöhnlich zwischen den im Text genannten Fällen nicht, und spricht in beiden von accessio temporis, von welcher doch nur im zweiten Falle geredet werden darf.

* Unterholzner I § 92, Savigny V § 244—246. Möllenthiel über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung § 19—31 (1820). Hildenbrand de bona fide rei propriae debitoris ad temporis praescriptionem haud necessaria (1843). Derf. Geschichte der Bestimmungen des canon. R. bei der Ersitzung und Klagverjährung, Arch. f. civ. P. XXXVI S. 27 fg.

ihn begründeten Anspruch, nicht voraus. Das Gegentheil ist aber im canonischen Recht bestimmt[1], jedoch nicht für alle Ansprüche, sondern nur für diejenigen, welche auf Herausgabe einer unrechtmäßig besessenen fremden Sache gehen[2].

c. Wirkung der Anspruchsverjährung.

§ 112.

Die Verjährung hebt den Anspruch auf. Nicht indem sie ihn vernichtet; der Anspruch fährt fort zu bestehen; aber sie hebt ihn auf durch Begründung einer ihn ausschließenden Einrede[1].

(1853). O. Reich die Entwickelung der kanonischen Verjährungslehre von Gratian bis Johannes Andreä. Berliner Inauguraldissertation. 1880.

[1] Noch Gratian trägt das reine römische Recht vor (C. 16 qu. 3 pars 8). § 111. Dagegen das 4. lateranensische Concil (c. 20 X. de praescr. 2. 26). Ueber c. 3 und 5 eod. s. Hildenbrand a. a. O., Reich a. a. O. S. 36 fg.

[2] Seuff. Arch. VI. 3, VII. 4, XI. 6. 266, vgl. I. 403. Die früher herrschende Meinung (s. Savigny § 244. l, Hildenbrand im Arch. S. 47) bezog die genannten Stellen auf die Verjährung der Ansprüche überhaupt; diese Meinung wird gegenwärtig wieder von Reich a. a. O. vertheidigt. Die jetzt herrschende Meinung bezieht die genannten Stellen nur auf Ansprüche gegen Besitzer fremder Sachen (genauer: Ansprüche gegen Besitzer von Sachen, an welchen einem Anderen ein dingliches Recht zusteht, Savigny S. 337); es ist aber Streit, ob darunter bloß dingliche, oder auch persönliche (z. B. aus dem Miethvertrage) zu verstehen seien. Man wird sich für die letztere Meinung erklären müssen, da ein genügender Grund für die Beschränkung jener Stellen gegen ihren Wortlaut nicht vorliegt. Auch steht auf dieser Seite die Mehrzahl der Schriftsteller, Unterholzner, Möllenthiel, Savigny, Hildenbrand an den angeführten Orten, Sintenis I § 31 Anm. 55, Wächter Württ. Privatr. § 118 Note 23. 24, Arndts § 109; für die erstere Meinung sind Puchta § 90 aa, Brinz 1. Aufl. S. 172. Entschieden unrichtig, und namentlich in Widerspruch mit der Geschichte dieser Bestimmung (Hildenbrand und Reich a. a. OO). ist eine vierte Meinung, welche die Bestimmung gar nicht auf die Anspruchsverjährung, sondern nur auf die Ersitzung, für welche das Erforderniß fortdauernden guten Glaubens habe eingeführt werden sollen, bezieht (Kierulff S. 208. 209, Seuffert Erörterungen S. 133 fg. und Lehrb. I § 28 a. E.). S. gegen diese Meinung auch Savigny V S. 332—334; sie ist jedoch in der Praxis stark vertreten, s. Seuff. Arch. I 6. 403, VII. 4, XII. 245, XIII. 80, XIV. 203, XVIII. 205, XXI. 4. Vgl. noch XXXIV. 3.

[1] Um so weniger darf behauptet werden, daß der Richter auf die An- § 112. spruchsverjährung von Amtswegen Rücksicht nehmen dürfe. So auch die herrschende Meinung, s. Krüll Arch. f. civ. Pr. I S. 402 fg., Lotz das. I S. 412 fg., Unterholzner I § 138, Bayer Vorträge S. 622, Bopp Arch. f.

Mit der Beseitigung des Anspruchs ist nicht nothwendigerweise auch das ihm zu Grunde liegende Recht beseitigt. In dieser Beziehung ist zu unterscheiden zwischen dinglichen und persönlichen Rechten. Das persönliche Recht geht in dem nun verjährten Anspruch auf, es besteht in diesem Anspruch; der Untergang des Anspruchs ist also auch sein Untergang. Dagegen geht das dingliche Recht in dem verjährten Anspruch nicht auf; es ist ein Complex von einer unbestimmten Mehrheit von Ansprüchen, und diese Ansprüche außer dem verjährten Anspruch dauern ungeschmälert fort. Doch geht die Einrede auf die Sondernachfolger des Verpflichteten über[2]. — Wenn vielfach behauptet wird[3],

civ. Pr. LXII S. 107—109; Seuff. Arch. VIII. 302, XIX. 8. Dagegen Pfeiffer prakt. Ausführungen I S. 10 fg. VII S. 17 fg., v. Löhr Arch. f. civ. Pr. X S. 77 fg., Sintenis I § 19 Anm. 61, Muther krit. VJSchr. IX S. 357. Zwischen der alten und neuen Verjährung will unterscheiden Schäffer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IX S. 104 fg. Vgl. Grawein Verjährung und gesetzliche Befristung S. 166 fg.

[2] Vgl. § 110 Note 5. Kommt dagegen nach Verjährung des Eigenthumsanspruchs die Sache in den Besitz eines Andern, der nicht Rechtsnachfolger desjenigen ist, welcher die Verjährung gegen den Anspruch vollendet hat, so kann der Eigenthümer die Sache zurückfordern, als wenn gar keine Verjährung gegen ihn abgelaufen wäre; l. 8 § 1 C. de praescr. XXX 7. 39.

[3] Namentlich von Savigny Syst. V § 248—251. Obl. R. I S. 96—98, außerdem unter den Neueren von Francke civil. Abhandlungen S. 73 fg. (1826), Guyet Arch. f. civ. Pr. XI S. 62 fg. (1828), Puchta Institt. II S. 410—412. Pand. § 92 u. Vorles. zu diesem § mit Beil. VI, Dernburg I § 150, ferner von den in der folgenden Note Genannten. Die entgegengesetzte Meinung ist am Ausführlichsten vertheidigt worden von Büchel civilrechtl. Erörterungen I 1 (1832 2. Aufl. 1847 mit Anh.); s. außerdem Löhr Arch. f. civ. Pr. X S. 70 fg. (1827), Heimbach Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 436 fg. (1828), Vermehren das. II S. 319 fg. (1829), Kierulff S. 210 fg., Sintenis I § 31 Anm. 57, Wächter II § 119, Vangerow I § 151 Anm., Dahn über die Wirkung der Klagenverjähr. bei Obligationen (1855), Bekker Jahrb. d. gem. R. IV S. 408 fg. (1860), Schwanert die Naturobligationen § 22 (1861; die beiden letzteren Schriftsteller lassen aber nach der Verjährung außer dem Pfande [s. Note 5] auch den Bürgen forthaften), v. Scheurl Jahrb. f. Dogm. VII S. 346—348 (1865); Seuff. Arch. IX. 253. Eine mittlere Meinung unterscheidet zwischen der alten und der theodosischen Verjährung; jener schreibt sie die stärkere Wirkung zu, dieser die schwächere. So Unterholzner Schuldverhältnisse I S. 528, Brinz S. 164. 165 (2. Aufl. I S. 404. 405), Dernburg Pfandrecht II S. 587, während Demelius Untersuch. S. 64 fg. zwar der alten Verjährung mit Be-

daß die Verjährung des obligatorischen Anspruchs das obligatorische Recht nicht vollständig, sondern nur in dem Maße beseitige, daß eine natürliche Verbindlichkeit mit den Rechtswirkungen, deren eine solche Verbindlichkeit fähig ist, übrig bleibe[4], so fehlt es dieser Ansicht an der nöthigen Begründung[5]. Nur so viel wird zu-

---

stimmtheit die stärkere Wirkung beilegt, in Betreff der späteren aber die Frage offen läßt. Dagegen namentlich Bekker a. a. O. S. 424 fg. Vgl. noch Grawein a. a. O. (Note 1) S. 140 fg., Ryk Lehre von den Schuldverhältnissen S. 41 fg.

[4] Man schreibt der s. g. naturalis obligatio alle Rechtswirkungen zu, welche überhaupt einer Obligation zukommen, mit Ausnahme des Klagerechts. Das Richtige ist, daß sie alle diese Rechtswirkungen haben kann, ohne sie nothwendigerweise zu haben. Unter den Vertheidigern der schwächeren Wirkung finden sich denn auch Solche, welche wenigstens keine Gegenrechnung gegen Forderungen des Schuldners nach vollendeter Verjährung zulassen wollen, so Mühlenbruch II § 481, Unterholzner Verjähr.-Lehre II § 258. Schuldverhältnisse I § 247. Keller § 89 will auch constitutum und Bürgschaft ausschließen. Andererseits lassen Vertheidiger der stärkeren Wirkung die Obligation nach der Verjährung gerade für die Bürgschaft fortdauern (Bekker und Schwanert in Note 3). In Betreff der Fortdauer des Pfandrechts s. die folgende Note, und s. ferner Note 5a.

[5] Diese Ansicht hat zwei Hauptquellen, welche sich freilich nicht bei allen ihren Vertheidigern in gleicher Weise geltend machen, welche ihr aber abgegraben werden müssen, wenn sie nicht immer wiederkehren soll. 1) Man sagt: es verjährt ja nur die Klage; also bleibt das Recht, insoweit es ohne Klage bestehen kann, unberührt. Dieses Argument trifft uns nicht, die wir in der actio nicht die Klage, sondern den Anspruch sehen; vgl. Windscheid die Actio S. 31—41. Die Widerlegung derjenigen, welche von Klagenverjährung reden, kommt auch hier wieder (vgl. § 107 Note 5) auf das Nämliche hinaus. 2) Es ist nicht zu leugnen, daß das natürliche Rechtsgefühl die verjährte Schuld nicht weniger als Schuld anerkennt; der rechtliche Mann erfüllt sie, obgleich sie verjährt ist. Es ist auch wahr, daß die naturalis obligatio des römischen Rechts gerade die auf dem natürlichen Rechtsgefühl beruhende Obligation ist. Aber es ist nicht wahr, daß jede auf dem natürlichen Rechtsgefühl beruhende Obligation auch von dem positiven Recht wenigstens bis zu einer gewissen Grenze anerkannt werde. S. II § 287. 289. — Unter Dem, was an Quellenzeugnissen für die hier verworfene Meinung beigebracht worden ist, hat bei Weitem den meisten Schein, daß die Verjährung des persönlichen Anspruchs den Pfandanspruch nicht aufhebt (l. 7 C. de praescr. XXX. 7. 39, vgl. l. 2 C. de luit. pign. 8. 30 [31]). Aber der Pfandanspruch kann bestehen auch ohne eine außer ihm liegende Forderung, er kann seine Forderung in sich selbst tragen; das römische Recht hat das in solchen Fällen anerkannt, wo die durch das Pfandrecht versicherte Obligation ohne Befriedigung des Gläubigers unter-

gegeben werden dürfen, daß freiwillige Erfüllung des verjährten Anspruchs nicht unter den Begriff der Schenkung fällt[5a].

Mit der hier behandelten Frage steht eine andere in Zusammenhang, die nach der Verjährbarkeit der Einreden[6]. Einreden als solche sind der Natur der Sache nach der Verjährung nicht unterworfen, da der Berechtigte sie nicht geltend machen

---

gegangen ist (l. 13 § 4 D. de pign. 20. 1, l. 61 [59] pr. D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 38 § 5 D. de sol. 46. 3), theoretisch aber durch die Annahme vermittelt, daß eine naturalis obligatio übrig bleibe („remanet propter pignus naturalis obligatio", l. 59 pr. cit.); es wird also nicht Fortdauer des Pfandrechts wegen der naturalis obligatio, sondern Fortdauer der naturalis obligatio wegen des Pfandrechts, und nicht weiter, angenommen. Dieß gegen Savigny V S. 391 fg., Brinz S. 164 unt. f. aber auch 2. Aufl. S. 405). Vgl. § 225 Ziff. 2, § 249 Ziff. 1. — Wenn man nach den Gründen für die hier vertheidigte Ansicht fragt, so ist zu antworten, daß ein besonderer Beweis für dieselbe nicht geführt zu werden braucht; denn es ist eine entschiedene Anomalie, wenn eine zerstörliche Einrede nicht die ganze Obligation wegnimmt (Wächter Württ. Privatr. II § 119 Note 2). Diese Ansicht ist also als die richtige anzunehmen, bis ein Gegenbeweis gegen dieselbe geführt ist, und dieser kann nicht geführt werden. Was den aus der Fortdauer des Pfandrechts gezogenen Beweis angeht, s. zuvor; gegen die Argumentation aus l. 19 pr. l. 40 pr. D. de cond. ind. 12. 6 s. Savigny selbst S. 375 fg.; gegen dessen Berufung darauf, daß die Einrede der Verjährung auf dem positiven Rechee, nicht auf dem ius gentium beruhe (S. 377 fg.) spricht die exc. SC. Velleiani, der gegenüber Savigny sich nur durch Anahme einer Ausnahme zu helfen weiß, und die exc. legis Cinciae (Vat. Fr. § 266); wenn man endlich geltend macht, daß Exceptionen nicht verjähren, so hat dieser Satz nicht den Sinn, daß auch das den Exceptionen zu Grunde liegende Recht nicht durch Verjährung verloren werden könne. Von der andern Seite ist zuzugeben, daß die für die hier gebilligte Ansicht angeführten Quellenzeugnisse einen vollkommen entscheidenden Beweis für dieselbe nicht enthalten, weder diejenigen, in denen es heißt, daß durch Ablauf der Zeit Befreiung des Schuldners oder Beendigung der Obligation eintrete (l. 10 pr. D. si quis caut. 2. 11, l. 7 [8] pr. D. de neg. gest. 3. 5, l. 9 § 3 D. de iurei. 12. 2, l. 1 § 3 D. quando de pec. 15. 2, l. 1 § 7 D. de contr. tut. act. 27. 4, l. 6 D. de O. et A. 44. 7, l. 21 § 2 D. de fidei. 46. 1 u. a. m.), weil es bei diesen Stellen theils nicht sicher ist, daß sie von der Verjährung handeln, jedenfalls aber mit ihrem Ausdruck Fortdauer einer naturalis obligatio verträglich ist — noch l. 37 D. de fidei. 46. 1, l. 38 § 4 D. de sol. 46. 3, l. 25 § 1 D. ratam rem 46. 8, bei denen ebenfalls die Beziehung auf eine sonstige Zeitwirkung immerhin möglich bleibt (für l. 37 cit. gibt noch eine andere Erklärung Savigny S. 397 fg.). Dieses letztere Argument haben Unterholzner Verjährungslehre II S. 298 und Puchta Vorles. I S. 471 auch gegen l. 18 § 1 D. de

kann, wann er will, sondern zu diesem Ende die Erhebung des Anspruchs abwarten muß[7]. Einreden können daher nur in der Weise durch Verjährung beseitigt werden, daß, wenn sie auf einem Rechte beruhen, dieses Recht durch Verjährung aufgehoben wird, und zwar vollständig, nicht bloß für die Klage. Nach dem Gesagten wird demnach durch die Verjährung des dinglichen Anspruchs nicht auch die auf das dingliche Recht zu gründende Einrede beseitigt, wohl dagegen durch die Verjährung des obligatorischen Anspruchs die auf der Obligation beruhende Einrede. Es ist jedoch zuzusehen, ob es auch wirklich nur die Obligation ist, welche die Einrede begründet; hat die Einrede neben der Obligation eine selbständige Existenz, so wird sie natürlich von der Verjährung der Obligation nicht berührt[8].

---

pec. const. 13. 5 geltend zu machen gesucht; Andere geben, wie es kaum anders möglich ist („temporali actione obligatum"), zu, daß dieselbe von der Verjährung handele. Ist dieß aber der Fall, so will auch die Möglichkeit nicht einleuchten, wie ihr gegenüber die schwächere Wirkung zu halten ist (unbefriedigende Versuche s. bei Savigny S. 401. 402, Schirmer zu Unterh. S. 294, vgl. Demelius Unters. S. 74 fg.; die neueste Stimme dawider Bruns Zeitschr. f. Rechtsgesch. I S. 71—73). Für die stärkere Wirkung hat sich auch das Reichsgericht ausgesprochen (11/6 80 bei Seuff. Arch. XXXVI. 1). Ein Erkenntniß des ROHG. 2/10 77 bei Seuff. Arch. XXXIV. 177 läßt die Frage dahingestellt. S. noch HGB. Art. 911.

[5a] Mit diesem Zugeständniß zurückzuhalten, erscheint gegenüber der II § 289 Ziff. 2 angeführten Quellenentscheidung fast unmöglich.

[6] Sommer rechtswissenschaftliche Abhandlungen (Gießen 1818) S. 1—52. Unterholzner II § 156—160. Pfeiffer prakt. Ausführungen III S. 73 fg. VII S. 313 fg. Savigny V § 253—255. Wildhagen über die Verjährung der Einreden im heutigen römischen Recht (1882). Sintenis I S. 314—315, Unger II S. 510—513, Keller § 92, Holzschuher I § 19 Nr. 22. 23.

[7] L. 5 § 6 D. de doli exc. 44. 4: — „cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur".

[8] Savigny a. a. O. behauptet ohne Grund, daß wenn neben einer Klage eine Einrede anerkannt sei, dieselbe immer eine selbständige Existenz habe. Vgl. Unger II § 125 Note 44—46, Brinz 1. Aufl. S. 171. Beispiele: die Einrede des Betrugs hat neben der Klage (dem Anspruch) aus dem Betruge auf Schadensersatz eine selbständige Existenz, daher l. 5 § 6 D. de dol. exc. 44. 4 (vgl. Windscheid die Actio ꝛc. S. 40 Note 5, aber auch Savigny S. 431 unt.); dagegen ist die Einrede desjenigen, der eine fehlerhafte Sache gekauft hat (l. 59 D. de aed. ed. 21. 1), nur darauf gegründet, daß er

3. Die unvordenkliche Verjährung*.

§ 113.

Eine unvordenkliche Verjährung liegt da vor, wo ein Zustand seit Menschengedenken bestanden hat[1]. Daß ein solcher Zustand nicht weiter angefochten werden dürfe, ist in einzelnen Anwendungen bereits im römischen Rechte anerkannt[2]; das ca-

---

Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen kann. Ebensowenig hat eine selbständige Existenz die Compensationseinrede (s. II § 350 Note 2), wohl dagegen die s. g. exceptio non adimpleti contractus; dieselbe gründet sich nicht darauf, daß der Gegner seinerseits leisten müsse, sondern darauf, daß er gegen die Absicht des Vertrages verstoße, wenn er fordere, ohne seinerseits zu leisten (s. II § 321 Note 2). Die Durchführung der hier gemachten Unterscheidung ist übrigens das Schwierige in dieser Lehre. Wildhagen a. a. O. (S. 119, vgl. S. 80 fg.) stellt die Formel auf, daß, wenn Jemand Anspruch und Einrede zugleich habe, mit der Verjährung des Anspruchs die Einrede dann beseitigt sei, wenn die Einrede sich auf den Satz dolo facit qui petit quod redditurus est gründe (d. h. also, wenn der die Einrede begründende Anspruch auf Rückgabe dessen gehe, was mit dem Anspruch, welchem die Einrede entgegengesetzt wird, gefordert wird). Dernburg I S. 344 läßt nur diejenigen Einreden verjähren, bei denen das Gesetz dieß vorschreibt (wie z. B. HGB. Art. 349. 386. 408). Ueber l. 5 und 6 C. de exc. 8. 35 [36] s. Savigny S. 432—435. Seuff. Arch. I. 159, VII. 145, XXI. 7, XXIV. 4. 6, XXXIII. 279, XXXVI. 1 (Entsch. des RG. II S. 158), XXXVIII. 95. S. auch II § 350 Note 2 und III § 585 Note 7a.

* Unterholzner I § 140—150. Kritz exegetisch-praktische Abhandlungen Nr. 6 (1824). Pfeiffer prakt. Ausführungen II S. 1 fg. (1828). Schelling die Lehre von der unvordenklichen Zeit (1835). Arndts Beiträge I. 3 (1837). Savigny IV § 195—201 (1841). Buchka der unvordenkliche Besitz (1841). Friedländer die Lehre von der unvordenklichen Zeit (1843). Pfeiffer prakt. Ausführungen VII S. 175 fg. (1844). Sintenis I § 51. D. Vgl. auch die für den 16. deutschen Juristentag von Strohal, Leonhard und Pann erstatteten Gutachten (Verh. I S. 117 fg. 241 fg. 310 fg.) und die Verhandlungen des Juristentags selbst (II S. 52 fg. 322 fg.).

§ 11. [1] — „cuius origo memoriam excessit", l. 3 § 4 D. de aqua quot. 43. 20; — „an operis facti memoria exstet", l. 28 D. de prob. 22. 3; — „cuius memoria non exstat", l. 2 § 7 cf. § 1. 3. 4. 5. 8 D. de aqua et aquae 39. 3; — „cuius contrarii memoria non exsistat", c. 1 de praescr. in VI° 2. 13.

[2] Das römische Recht gebraucht dabei den Ausdruck vetustas. L. 1 § 23 l. 2 pr. § 1. 3. 5. 7. 8 D. de aqua et aquae 39. 3 — l. 26 eod., l. 3 § 4 D. de aqua quot. 43. 20, l. 7 C. de serv. 3. 34 — l. 3 pr. D.

nonische Recht faßt die unvordenkliche Verjährung auf als allgemeine Ergänzung der ordentlichen Verjährung für solche Fälle, wo deren Bedingungen nicht vorliegen[3], und in diesem Umfange ist das Institut durch ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht um so bereitwilliger anerkannt worden, als sich im älteren deutschen Rechte ähnliche Ideen finden[4].

Die unvordenkliche Verjährung sanctionirt alle Zustände der Rechtsausübung[5] und Rechtsnichtausübung (der Freiheit von einer

---

de loc. et itin. publ. 43. 7. Gegen die Beziehung der vetustas auf die Unvordenklichkeit hat sich erklärt Schmidt (von Ilmenau) civil. Abhandl. S. 173 fg. 186 fg. 195.

[3] Es wendet auch bereits den Ausdruck praescriptio auf dieselbe an. C. 1 de praescr. in VI° 2. 13; s. auch c. 26 X de V. S. 5. 40.

[4] Gegen die Herleitung des Institutes aus dem altgermanischen Rechte (Buchka, Friedländer) s. Pfeiffer Zeitschr. f. deutsch. R. VIII S. 1 fg. Vgl. Gerber § 66 Note 4, Beseler S. 170—171, Roth I § 88, Stobbe I § 69. — Anwendungen in Reichsgesetzen: A. B. c. VIII § 1. 2. c. XXVIII § 5, R. A. 1548 § 56. 59. 64, R. A. 1576 § 105. — Nach der in alter und neuer Zeit vorherrschenden Ansicht soll durch den Ablauf der unvordenklichen Zeit ein Rechtszustand nicht sowohl begründet, als vielmehr seine Begründetheit (sein Begründetsein durch eine frühere, dem Gedächtniß entschwundene Thatsache) bewiesen, außer Zweifel und Streit gestellt werden. Dafür unter den Neueren namentlich Schelling, Arndts, Savigny, Buchka, Brinz 2. Aufl. I S. 643, Dernburg I § 160, ferner Blätter für RAnwend. in Bayern XXIII S. 17 fg. 33 fg., Budde und Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI S. 65. 68. 95 fg., Seuff. Arch. XXVIII. 197 und Citate das., XXVIII. 198. 247, XXXI. 12; dawider Unterholzner S. 521—522, und namentlich Pfeiffer II S. 80 fg. VII S. 232 fg., ferner Beseler I S. 173, Roth I § 88 Note 12, Leonhard a. a. O. S. 272. Daß der Streit praktisch gleichgültig sei (Pfeiffer VII S. 241—244), ist zwar wohl nicht richtig (s. Seuff. Arch. XXVIII. 198 und das oben citirte Rostocker Erkenntniß), doch läßt sich m. E. für jene Auffassung kein derartiger Beweis erbringen, daß aus ihr argumentirt werden dürfte. Gegen sie spricht die Unbefangenheit, mit welcher das canonische Recht und die Reichsgesetze den Ablauf der unvordenklichen Zeit unter den Begriff der praescriptio stellen (c. 1 de praescr. in VI° 2. 13, R. A. 1548 § 56). Vgl. übrigens auch O. Reich die Entwickelung der canonischen Verjährungslehre (Berlin 1880) S. 72.

[5] Zustände, in welchen eine Rechtsausübung sich nicht darstellt, werden auch durch die unvordenkliche Verjährung nicht zu rechtlichen erhoben. Diesen Sinn hat es, wenn man für die unvordenkliche Verjährung juristischen Besitz erfordert. Vgl. Pfeiffer II S. 12 fg. VII S. 181 fg., Seuff. Arch. V 251, VI. 143, XXII. 11, XXVII. 111. 299. 303, XXXVI. 95. 182, XXXVII. 189.

Last)[6]. Sie setzt voraus, daß der betreffende Zustand ununterbrochen[7] so lange bestanden habe, wie das Gedenken der jetzt[7a] lebenden Generation reicht[8]. Dieses Gedenken beruht aber nicht bloß auf eigener Wahrnehmung, sondern auch auf den Berichten, welche die jetzt Lebenden von den bereits Gestorbenen vernommen haben. Der Beweis der unvordenklichen Verjährung ist also auf ein Doppeltes zu richten: 1) auf das Bestehen des betreffenden Zustandes innerhalb derjenigen Zeit, welche die eigene Wahrnehmung der jetzt lebenden Generation umfaßt; 2) darauf, daß die jetzt lebende Generation auch durch Mittheilung ihrer Vorfahren von dem Nichtbestehen dieses Zustandes keine Kunde habe[9].

Ueber die s. g. res merae facultatis s. Pfeiffer II S. 17 fg. 107. VII S. 188 fg. A. L. R. I. 9 § 505. 506. — Die Ansicht Savigny's, welcher die unvordenkliche Verjährung auf Rechte von publicistischem Charakter beschränken will (IV S. 484. 510. 513 fg.), hat in der Theorie wenig Anklang gefunden (ihr folgt nur Friedländer II S. 67 fg.), und auf die Praxis geringen Einfluß ausgeübt; ihr folgt ein Erk. bei Seuff. XIV. 112, vgl. XXI. 97, dagegen das. V. 250, VI. 144, IX. 120, XVI. 173, XIX. 120, XXVIII. 8. Umgekehrt wird die unvordenkliche Verjährung gerade bei solchen Rechten für unanwendbar erklärt in dem Erk. bei Seuff. I. 170; dagegen XXVIII. 189. Vgl. Pfeiffer VII S. 246—248. — Gegenstände der unvordenklichen Verjährung im Einzelnen: Pfeiffer II S. 106 fg. VII S. 248 fg. Auch auf obligatorische Rechtsverhältnisse, insofern bei denselben eine dauernde Ausübung möglich ist, findet sie Anwendung. Vgl. II § 464 Note 4 und Reinhard Arch. f. civ. Pr. XXXVIII S. 186 fg. (1855). Seuff. Arch. VII. 5. 269, XIII. 127, XVIII. 116, XIX. 104, XX. 102, XXX. 3, XXXI. 202, XXXV. 48; dagegen I. 183, vgl. auch XXXI. 107. Reallasten: Pfeiffer VII S. 259 fg. Vgl. Seuff. Arch. XXX. 256, XXXIII. 199. — Ausgenommen von dem Erwerb durch unvordenkliche Verjährung sind natürlich solche Rechte, die überhaupt nicht erworben werden können. Pfeiffer II S. 101 fg., Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 56 fg. Seuff. Arch. XXXIII. 107.

[6] Pfeiffer II S. 15—16. 113. VII S. 183—184. 187. Seuff. Arch. I. 171, V. 55.

[7] Savigny S. 526, Pfeiffer II S. 22—26. VII S. 194—196.

[7a] Budde und Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI Nr. 27 = Seuff. Arch. XXIII. 208. Vgl. das. XXIII. 209, XXXI. 12. Anders das. XI. 12, XXXI. 309.

[8] Das Erforderniß des Titels ist nach dem Begriff der unvordenklichen Verjährung ausgeschlossen; bona fides versteht sich von selbst. Savigny S. 527, Pfeiffer II S. 28—35. VII S. 197—198.

[9] L. 2 § 8 D. de aqua et aquae 39. 3, l. 28 D. de prob. 22. 3. Ueber

Als gehörig qualificirte Repräsentanten der jetzt lebenden Generation läßt man in der Praxis schon solche Personen zu, deren Erinnerung wenigstens die letzten 40 Jahre umfaßt[10]. Der Gegenbeweis[11] ist erbracht, wenn bewiesen ist, daß der betreffende Zustand zu einer Zeit, welche innerhalb der letzten zwei Menschenalter liegt[12], nicht bestanden habe; der Beweis des Nichtbestehens des betreffenden Zustandes zu einer Zeit, welche über die letzten zwei Menschenalter hinaus liegt, reicht zum Gegenbeweis nur dann aus, wenn zugleich eine unrechtmäßige Entstehung des Zustandes und deren fortgehender, ununterbrochener Zusammenhang mit dem späteren Zustand nachgewiesen wird[13].

---

die letztere Stelle vgl. Glück XXI S. 405 fg., Unterholzner I S. 502, Savigny IV S. 518. 535, Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV S. 301—305. Ueber den negativen Theil des Beweises überhaupt s. Pfeiffer II S. 27. 28. § 10. 11. VII § 10. 11. Im Besonderen: es ist nicht erforderlich der Beweis positiver Mittheilung von Seiten der Vorfahren über das Bestehen des Zustandes, sondern es genügt der Beweis nicht erfolgter Mittheilung über sein Nichtbestehen. Pfeifer II S. 43 fg. VII S. 201 fg. Vgl. Seuff. Arch. I. 172. Wird aber die unvordenkliche Verjährung nur ausgeschlossen durch eine auf eigener Wahrnehmung beruhende Mittheilung der Vorfahren über das Nichtbestehen des Zustandes, oder genügt eine Mittheilung der Vorfahren über eine ihnen von ihren Vorfahren gemachte Mittheilung und so fort? Die Frage muß nach l. 28 cit. jedenfalls für den in dieser Stelle bezeichneten Fall einer Grundanlage im letzteren Sinne beantwortet werden; bei diesem Fall wollen aber auch stehen bleiben Pfeiffer II S. 76 und Savigny S. 535; dawider Seuff. Arch. XI. 113. Ersatz des negativen Theils des Beweises durch den positiven Beweis des Bestehens des betreffenden Zustandes innerhalb des vorletzten Menschenalters: Pfeiffer VII § 14, Savigny S. 524, Seuff. Arch. XI. 12.

[10] Dieß ist angenommen worden mit Rücksicht auf c. 1 de praesc. in VI°. Unterholzner § 148, Pfeiffer II S. 21—22. 36—38. VII S. 193—194. 207 fg., Savigny S. 520; Seuff. Arch. III. 116, XI. 12, XIV. 9; XIV. 205. — Beweis durch andere Beweismittel als Zeugen: Unterholzner S. 526. 527, Savigny S. 523—525, Pfeiffer II § 14. 15. VII § 14. 15; Seuff. Arch. VII. 6, IX. 121, XI. 12, XXVI. 106, XXIX. 8.

[11] Ueber den Gegenbeweis überhaupt: Unterholzner S. 527—529, Pfeiffer II § 16—18. VII § 16—18, Savigny S. 525 fg.

[12] Nach der Analogie des zu Note 10 Gesagten zu je 40 Jahren gerechnet. Vgl. Savigny S. 524.

[13] Pfeiffer II S. 70—71. VII S. 243—244, Savigny S. 534. Seuff. Arch. XI. 12. 113, XIX. 121, XXII. 13. 14. Budde u. Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI Nr. 28.

V. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*.

A. Begriff und Wesen.

§ 114.

Juristischen Thatsachen kann aus bestimmten Gründen die von ihnen ausgeübte rechtliche Wirkung durch richterlichen Spruch wieder entzogen werden. Für besondere juristische Thatsachen gelten in dieser Beziehung besondere Grundsätze[1]; es gibt aber auch Grundsätze über die Wiederaufhebung rechtlicher Wirkungen durch richterlichen Spruch, welche sich auf die juristischen Thatsachen überhaupt beziehen. Diese Grundsätze bilden die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[2].

Das Charakteristische der Wiedereinsetzung i. d. v. St. besteht zunächst darin, daß einer juristischen Thatsache die rechtliche Wirkung, welche sie ausgeübt hat, wieder entzogen wird[3].

---

* Das Hauptwerk über diese Lehre ist noch immer: Buchardi die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (1831). Eine neuere Monographie ist: Spaltenstein die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (1873). Außerdem sind zu bemerken: v. Schröter über Wesen und Umfang der in integrum restitutio, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VI S. 91 fg. (1833). Schneider die allgemeinen subsidiären Klagen des röm. Rechts S. 216—307 (1834). Bekker die Aktionen des römischen Privatrechts II S. 74—105 (1873). Savigny VII § 315—343 (1848); Glück V S. 392 fg. VI S. 1 fg.; Wächter I § 112—116. Württ. Privatr. II § 124—127. Sintenis I § 36, Vangerow I § 175—188.

§ 114. [1] Dahin gehören namentlich die bonorum possessio contra tabulas und die querela inofficiosi testamenti.

[2] Der römische Ausdruck ist in integrum restitutio oder integri restitutio. Die Wortfolge restitutio in integrum ist äußerst selten. Savigny VII § 315. a.

[3] Wenn man, wie häufig geschieht, bei der Betrachtung der Wiedereinsetzung davon ausgeht, daß sie die Wiederherstellung eines früheren Zustandes sei, so muß man scharf betonen, daß unter Wiederherstellung eines früheren Zustandes nicht zu verstehen sei Herstellung eines gleichen Zustandes, wie der früher dagewesene, sondern Herstellung des identischen früher dagewesenen, was eben nur durch Negation der Abänderung (der abändernden Kraft) möglich ist. Macht man diese Unterscheidung nicht, so ist jener Ausgangspunkt verwirrend; es stellt sich dann von ihm aus Vieles als zur Wiedereinsetzung gehörig dar, was nichts mit ihr gemein hat, und erst mit Mühe wieder entfernt werden muß. Namentlich die Aelteren wußten eine große Menge von uneigentlichen Restitutionen zu nennen. Man muß sich nur wun-

Diese Thatsache ist unter Umständen eingetreten, unter denen das Recht es nicht zulassen zu dürfen glaubt, daß sie die ihr an und für sich zukommende rechtliche Wirkung ausübe[4]. Statt ihr aber diese Wirkung selbst abzusprechen, überläßt das Recht dieß — und darin liegt die zweite Eigenthümlichkeit der Wiedereinsetzung — dem Richter, und sichert sich damit eine erschöpfende Beachtung der besonderen Momente des einzelnen Falles[5]. — Ein

---

dern, daß sie zur Wiedereinsetzung nicht auch den Fall rechneten, wenn der Erwerber einer Sache das Eigenthum derselben aus irgend einem Grunde dem früheren Eigenthümer überträgt; auch in diesem Falle liegt — in jenem unbestimmten Sinne — die Wiederherstellung eines früher dagewesenen Zustandes vor. Den hier getadelten Standpunkt theilt noch Burchardi § 1. — Richtig ist allerdings, daß der Sprachgebrauch der Quellen kein ganz strenger ist, daß sie die Ausdrücke in integrum restituere, in integrum restitutio zuweilen auch für andere Wiederherstellungen früherer Zustände, als diejenigen, um welche es sich hier handelt, gebrauchen. Vgl. l. 58 D. de pactis 2. 14, l. 1 § 9. 10 D. de post. 3. 1, l. 1 § 2 D. de leg. Iul. ambitus 48. 14, l. 1 C. de sent. passis 9. 51, und die Stellen in Note 6.

[4] Man pflegt zu betonen, daß die Wiedereinsetzung ihren Grund in der Reaction der Gerechtigkeit gegen die Härten des bestehenden Rechts habe, vgl. namentlich Puchta Instit. II § 177. Es ist das ohne Zweifel richtig: aber ich glaube nicht, daß damit etwas der Wiedereinsetzung Eigenthümliches bezeichnet ist. Die in integrum restitutio z. B. der Minderjährigen ist eingeführt worden, weil es unbillig erschien, daß der Minderjährige durch seine Rechtshandlungen in Nachtheil komme; aber auch die exceptio SC[i] Velleiani ist aus keinem anderen Grunde eingeführt worden, als weil es unbillig erschien, daß die Frau durch ihre Bürgschaften ꝛc. in Nachtheil komme. Daß der Schutz der Minderjährigen durch das prätorische Edict eingeführt worden ist, der Schutz der Frauen durch eine civilrechtliche Quelle, rechtfertigt nicht die Annahme, daß es sich in jenem Falle mehr, als in diesem, um die Realisirung dessen gehandelt habe, was dem geltenden Recht gegenüber als die höhere Gerechtigkeit erschien. Denn auch der Prätor ist Organ der Rechtsordnung. Aber auf diesem Wege wurde Burchardi (§ 3) ganz consequent zu der Annahme gedrängt, daß die in integrum restitutio eine Sache nicht des Rechts, sondern der Gnade sei. S. dagegen Schröter S. 169 fg., Spaltenstein S. 8 fg., Bekker S. 99 Note 36, Brinz 2. Aufl. I S. 407, Wächter S. 575. Vgl. aber auch Savigny S. 117.

[5] Daß sich der römische Prätor bei der Ertheilung der in integrum restitutio eine besondere Freiheit des Ermessens vorbehalten habe, geht aus l. 3 D. de i. i. r. 4. 1 und l. 1 § 1 D. de min. 4. 4 hervor, und darauf beruht es auch, daß die i. i. r. ein extraordinarium auxilium genannt wird (l. 16 pr. D. de min. 4. 4). Ebenso wahr ist es freilich, daß bereits der spätere römische Richter eine ganz andere Stellung einnahm (vgl. namentlich

anderer Weg, welchen das Recht hier einschlagen kann, ist der, daß es dem durch das Eintreten der rechtlichen Wirkung Benachtheiligten gegen denjenigen, zu Gunsten dessen sie eingetreten ist oder jetzt besteht, einen Anspruch auf Wiederherstellen des früheren Zustandes gibt. Die Verwechslung dieses Falles mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand liegt nahe; der Unterschied ist aber der, daß in demselben die Herstellung des früheren Zustandes, wenn sie auch durch richterlichen Spruch erzwungen werden kann, immerhin nicht durch richterlichen Spruch, sondern durch Privatthätigkeit erfolgt, und nicht dadurch, daß der Thatsache, auf welcher der bisher dagewesene Zustand beruht, ihre wirkende Kraft entzogen wird, sondern dadurch, daß das von ihr Gewirkte durch die Erzeugung einer anderen rechtlichen Wirkung verdrängt wird (vgl. Note 3). Es handelt sich in diesem Falle um obligatorische Ansprüche gewöhnlicher Art, die sich von anderen obligatorischen Ansprüchen nur durch ihren Inhalt unterscheiden[6]; ihre nähere Betrachtung gehört in das Obligationenrecht[7].

Savigny § 317). Daher „muß bei unbefangener Betrachtung eingeräumt werden, daß dieses Institut des Römischen Rechts weniger, als die meisten anderen, einen inneren Grund des Fortbestehens und der Einwirkung auf den heutigen Rechtszustand mit sich führt" (Savigny S. 113).

[6] Ihr Inhalt ist ein restituere; aber es findet bei ihnen keine in integrum restitutio statt. Doch gebrauchen einzelne Stellen der Quellen bei ihnen auch diesen letzteren Ausdruck (l. 3 § 4 D. de al. iud. mut. c. 4. 7, l. 23 § 7 D. de aed. ed. 21. 1, l. 10 C. de resc. vend. 4. 44, vgl. l. 10 § 22 D. quae in fraud. cred. 42. 8). S. Savigny S. 103 fg.

[7] Was die Stellung der Wiedereinsetzung im Systeme angeht, so weisen Viele (so namentlich Savigny, Puchta, Arndts, Sintenis) derselben ihren Platz in dem s. g. allgemeinen Actionenrecht, in der civilrechtlichen Lehre von der processualischen Hülfe, an. Das ist gewiß nicht richtig, schon deßwegen nicht, weil es sich hier nicht um die allgemeinen Grundsätze für die processualische Hülfe überhaupt, sondern um die speciellen Grundsätze für eine processualische Hülfe sehr bestimmten Inhalts handelt; aber auch deßwegen nicht, weil für die Wiedereinsetzung der richterliche Spruch, welchen sie erfordert, erst in zweiter Linie charakteristisch ist, in erster aber, daß durch sie juristischen Thatsachen ihre wirkende Kraft wieder entzogen wird. Andere behandeln die Wiedereinsetzung in einem besonderen Kapitel des allgemeinen Theils (z. B. Bangerow), oder als Anhang zu dem gesammten Rechtssystem (z. B. Heise, Seuffert). Auch damit geschieht ihrem Wesen nicht Genüge. Sie gehört in der That in die allgemeine Lehre von den juristischen That-

B. Voraussetzungen.

1. Eine benachtheiligende rechtliche Wirkung.

§ 115.

Die erste Voraussetzung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist, daß überhaupt eine rechtliche Wirkung eingetreten sei. Ist eine rechtliche Wirkung gar nicht eingetreten, so ist für die Wiedereinsetzung kein Raum. Aber auch dann ist für dieselbe kein Raum, wenn eine rechtliche Wirkung zwar eingetreten ist, aber das Recht selbst gegen dieselbe in anderer Weise erschöpfenden Schutz gewährt[1].

---

sachen, deren Wirkungen sie kassirt. Bezöge sie sich bloß auf Rechtsgeschäfte, so würde sie in die Lehre von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte zu stellen sein; da sie über dieselben hinausgeht (§ 115 Note 8), so ist ihr Platz an diesem Orte. Man kann sagen: es gibt eine Ungültigkeit nicht bloß der Rechtsgeschäfte, sondern auch der juristischen Thatsachen überhaupt, und die Form derselben ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Theilweise zustimmend Arndts seit der 5. Aufl. § 117 Anm. 1.

[1] — „nam si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet § 115.
ei tribui extraordinarium auxilium", l. 16 pr. D. de min. 4. 4. Als Beispiele werden in dieser Stelle und den folgenden §§ obligatorische Ansprüche angeführt, welche entweder nichtig sind, oder doch von der Art, daß der Beklagte ihnen gegenüber keiner über die Verneinung hinausgehenden Vertheidigung in iure bedarf. Hiernach könnte schon das zweifelhaft erscheinen, ob eine exceptio (im römischen Sinne des Wortes) hinreiche, um die Wiedereinsetzung auszuschließen. S. jedoch dagegen l. 1 [2] C. de filiofam. min. 2. 22 [23], nach welcher die in integrum restitutio nicht gegeben werden soll, wenn die exceptio SC^{i} Macedoniani begründet ist. Und noch weiter geht der Anfang der eben citirten l. 16 pr. D. de min. „In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem". Von der andern Seite steht aber fest, daß die in integrum restitutio nicht ausgeschlossen wird durch die actio tutelae (l. 45 § 1 D. de min. 4. 4, l. 25 l. 39 § 13 D. de adm. et per. 26. 7, l. 3. 5 C. si tut. vel. cur. 2. 24 [25], Seuff. Arch. XXXV. 266), nicht durch die actio quod metus causa (l. 9 § 3. 4 l. 21 § 6 D. quod met. c. 4. 2, l. 3 C. de his quae vi 2. 19 [20]), während sie der actio de dolo sogar vorgezogen wird (l. 7 § 1 D. de i. i. r. 4. 1, l. 1 § 6 D. dolo 4. 3), und nach der richtigen, allerdings sehr bestrittenen (vgl. Vangerow I § 178 Anm. 1 a. E., Spaltenstein S. 31 fg.) Interpretation der l. 16 § 2 D. de min. 4. 4 thut ihr auch die condictio indebiti keinen Eintrag. Hiernach wird man behaupten müssen, daß jedenfalls ein Ersatzanspruch, von welcher Art alle genannten Actionen sind, als erschöpfender, die Wiedereinsetzung ausschließender Rechtsschutz nicht

Die eingetretene rechtliche Wirkung muß ferner für denjenigen, welcher die Wiedereinsetzung begehrt, einen Nachtheil[2] zu Wege gebracht haben. Dieser Nachtheil braucht nicht nothwendigerweise ein Vermögensnachtheil zu sein, obgleich die Wiedereinsetzung den Fall des Vermögensnachtheils hauptsächlich im Auge hat[3]. Vermögensnachtheil ist nicht bloß erlittener Schaden, sondern auch entbehrter Gewinn[4]; nur kann wegen entbehrten Gewinns dann keine Wiedereinsetzung begehrt werden, wenn durch Vereitelung des Gewinns der Gegner gegen Schaden geschützt worden ist[5]. Es reicht aber nicht jeder Nachtheil zur Wiedereinsetzung hin: der Nachtheil muß nicht demjenigen Nachtheil gegenüber, welcher durch die Aufhebung der rechtlichen Folge für den Gegner entsteht, unverhältnißmäßig gering sein[6].

angesehen werden darf. Dabei kann es denn auch keinen Unterschied begründen, daß der Ersatzanspruch nicht bloß als solcher, sondern auch auf Grund eines abgeschlossenen Contracts (römisch: mit einer bonae fidei actio) geltend gemacht werden kann, obgleich auf der andern Seite zugegeben werden muß, daß für die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung neben der bonae fidei actio die dafür gewöhnlich angeführten Stellen (l. 3 C. quib. ex caus. mai. 2. 53 [54], l. 5. 10 C. de resc. vend. 4. 44) einen zwingenden Beweis nicht enthalten. Ueber die verschiedenen Ansichten s. Francke Beiträge S. 66, Burchardi S. 99 fg., Schneider S. 224 fg., Savigny S. 143—145, Vangerow I § 178 Anm. 1, Brinz S. 112 (2. Aufl. I S. 409), Spaltenstein S. 30 fg., und gegen die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung neben der bonae fidei actio speciell Ruhstrat Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV S. 260 fg., dafür Spaltenstein S. 154 fg. Vgl. auch Seuff. XVII. 205.

[2] Die Neueren sprechen mit Vorliebe von einer „Läsion". Die Ausdrücke laesio, laedere sind nicht unquellenmäßig (l. 1 C. de temp. i. i. r. 2. 52 [53], c. 8 X. de i. i. r. 1. 41, cl. un. de r. i. i. 1. 11), finden sich aber nicht in den Pandekten. In denselben ist die Rede von einem „damnum", welches Jemand erlitten habe, dann davon, daß er „lapsus, captus, deceptus, circumventus, circumscriptus" sei, welche Ausdrücke nicht nothwendig, und regelmäßig nicht, von einem Betruge zu verstehen sind.

[3] Burchardi § 7. L. 3 § 6 l. 6 l. 35 D. de min. 4. 4, l. 41 D. de rec. 4. 8, l. 2 C. si adv. rem. iud. 2. 26 [27], l. 8 C. quando app. 7. 64. Vgl. Seuff. Arch. V. 247. Einen andern als Vermögensnachtheil will nur bei der Minderjährigkeit zulassen Spaltenstein S. 27 fg.

[4] L. 7 § 6 l. 44 D. de min. 4. 4, l. 27 D. ex quib. caus. mai. 4. 6.

[5] Wie z. B. bei der Ersitzung. L. 18. 20 D. ex quib. caus. mai. 4. 6, l. 37 pr. D. de min. 4. 4, l. 17 § 3 D. de usur. 22. 1. Burchardi § 6, Savigny S. 121—124, Spaltenstein S. 25 fg. Vgl. Seuff. Arch. XXX. 113.

[6] L. 4 D. de i. i. r. 4. 1. In einzelnen Fällen wird verlangt, daß der

Die Wiedereinsetzung findet an und für sich statt gegen jede nachtheilige rechtliche Wirkung[7], und namentlich nicht bloß gegen die durch Rechtsgeschäfte begründeten rechtlichen Wirkungen[8]. Diese Regel erleidet jedoch Ausnahmen[9]: Wiedereinsetzung wird nicht gegeben gegen die nachtheiligen Folgen der Arglist[10], gegen Versteigerungen, welche der Fiscus mit den Sachen seiner Schuldner zum Zweck der Befriedigung seiner Forderungen vornimmt[11], gegen die 30- und 40jährige Verjährung[12], gegen die Eingehung einer Ehe[13], und endlich können Descendenten keine Wiedereinsetzung gegen ihre Ascendenten begehren[14].

Nachtheil nicht bloß relativ, sondern auch an und für sich ein bedeutender sei, l. 49 D. de min. 4. 4 (§ 117 Note 3), l. 9 pr. eod., l. 1 C. si adv. vend. pign. 2. 28 [29] (§ 117 Note 6. f). Daraus mit der herrschenden Meinung (dafür auch das Erk. bei Seuff. XIV. 206) eine Regel zu bilden, erscheint bedenklich. Andere Stellen, welche man hierher zu ziehen pflegt, gehören entschieden nicht hierher, so l. 9 § 1 D. de min. 4. 4 und l. 1 C. si adv. don. 2. 29 [30], wo den Minderjährigen die Wiedereinsetzung deßwegen versagt wird, weil keine Handlung vorliegt, die nicht auch ein Großjähriger vorgenommen haben würde, ferner l. 1 C. si adv. fisc. 2. 36 [37], wo die Worte: „pretio longe minore" nicht den Grund der Entscheidung bezeichnen. Vgl. Burchardi § 8, Vangerow § 176 Anm., Spaltenstein S. 28 fg.

[7] Burchardi § 9, Savigny § 319.

[8] Freilich ist dieß ihre wichtigste Anwendung. Hervorzuheben ist außerdem noch ihre Anwendung bei Versäumnissen. Vgl. im Allgemeinen Cod. II 26—34 [27—35]. Wiedereinsetzung gegen Anerkenntnisse: Seuff. Arch. XVIII. 197; anders XI. 199.

[9] Burchardi § 10, Spaltenstein S. 36 fg., Vangerow § 178 Anm. 2, Holzschuher I § 21 Nr. 5.

[10] L. 9 § 2. 4. 5 l. 37 § 1 D. de min. 4. 4, l. 26 § 6 D. ex quib. caus. mai. 4. 6, l. 2. 3 C. si minor se maior. 2. 42 [43]. Gegen Vergehen, die auf bloßer Fahrlässigkeit beruhen, wird die Wiedereinsetzung nicht versagt, l. 9 § 5 D. min. 4. 4, l. 1 C. si adv. del. 2. 34 [35]. Ueber diese Stellen, so wie über l. 9 § 2. 3 D. min. s. Savigny § 321. f. g.

[11] L. 5 C. de fide et iure hastae fisc. 10. 3.

[12] L. 3 C. de praescr. XXX. 7. 39. Savigny III S. 421—423, Vangerow I § 178 Anm. 2 Nr. 12 (in der 7. Aufl., anders noch in der 6.); a. M. auch Burchardi S. 135—138. Für den im Text aufgestellten Satz auch Seuff. Arch. XXXII. 330. Um so weniger gegen die noch längeren Verjährungen und gegen die unvordenkliche Verjährung. In Betreff der letzteren s. Pfeiffer prakt. Ausführungen II S. 95 fg. VII S. 245.

[13] Nach katholischem Kirchenrecht, weil die Ehe gar nicht, nach protestantischem, weil sie nur aus gewissen Scheidungsgründen auflösbar ist. Bur-

2. Ein rechtfertigender Grund.

a. Ueberhaupt.

§ 116.

Die Wiedereinsetzung setzt ferner voraus, daß die benachtheiligende rechtliche Wirkung unter Umständen eingetreten sei, welche ihre Wiederaufhebung als billig erscheinen lassen. Ob dieß der Fall sei, ist, wenn es sich um die nachtheiligen Folgen eines Versäumnisses handelt, in ausgedehntem Maße in das Ermessen des Richters gestellt (§ 119). Dagegen ist bei Ertheilung der Wiedereinsetzung gegen positive Handlungen der Richter an bestimmte Gründe gebunden, welche er nicht überschreiten darf. Diese sind: Minderjährigkeit, Zwang, Betrug, Irrthum[1]; andere in unseren Quellen erwähnte eine Wiedereinsetzung begründende sind heutzutage nicht mehr praktisch[2]. Der praktisch wichtigste unter allen

---

chardi S. 141 fg., Savigny S. 142—143. Anders bei Verlöbnissen, Seuff. Arch. IX. 39, XVI. 172. Holzschuher I § 24 Nr. 8.

[14] L. 2 C. qui et adv. quos 2. 41 [42]. Seuff. Arch. I. 269. Auf die Wiedereinsetzung wegen Minderjährigkeit will dieß beschränken Francke Beiträge S. 67. Dawider Spaltenstein S. 37 fg. Ausnahmen: 1) wenn die Wiedereinsetzung gerade gegen das Descendentenverhältniß begehrt wird, l. 3 § 6 D. de min. 4. 4, l. 2 C. si adv. rem. iud. 2. 26 [27]; 2) im Falle der l. 8 § 1 C. de bon. quae lib. 6. 61. Eine dritte Ausnahme hat heutzutage keine Geltung, weil die Stelle, welche sie enthält (Nov. 155), nicht glossirt ist. Vgl. Vangerow I § 178 Anm. 2 Nr. 1 mit Savigny S. 224—226, Spaltenstein S. 39 fg.

§ 116. [1] Aufzählungen der Wiedereinsetzungsgründe finden sich in l. 1. 2 D. de i. i. r. 4. 1 und bei Paul. sentent. I. 7 § 2. (Die „absentia" ist derjenige Grund, aus welchem sich die spätere allgemeine Wiedereinsetzung gegen Versäumnisse entwickelt hat, s. § 118; über „status mutatio" s. die folgende Note.)

[2] 1) In § 6 I. de act. 4. 6 heißt es, daß gegen die alienatio in fraudem creditorum den Gläubigern actio in rem „rescissa traditione" gegeben werde. Schröter S. 131—142, Lenel Edict. perpetuum S. 352. Dieser Restitutionsfall ist durch die Reichs-Concursordnung und das Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners außerhalb des Concursverfahrens beseitigt. Uebrigens sehen Andere in dieser Wiedereinsetzung eine Wiedereinsetzung wegen Arglist, Schneider S. 271—278, Vangerow I § 177 Anm. 3, v. Schey Zeitschr. f. Rechts-

Wiedereinsetzungsgründen, und derjenige, dessen Theorie von den römischen Juristen am sorgfältigsten ausgebildet worden ist, ist die Minderjährigkeit. Dadurch bestimmt sich die Anordnung im Folgenden[3].

---

gesch. XIII S. 194. Dagegen spricht, daß die genannte Stelle die Wiedereinsetzung nicht auf den Fall beschränkt, wo der Erwerber an der Unredlichkeit Theil genommen hat. Vgl. Savigny V § 208. n. Der Frage, ob nicht die Worte „bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis" auf das Vorhergehende, und nicht auf das Folgende zu beziehen seien (dafür Reinhart actio Pauliana S. 17 fg., Schmidt Pflichttheilsr. des Patrons S. 97 unt., Francke Arch. für civ. Pr. LXII S. 475 fg.) ist jetzt durch die genannten Reichsgesetze die praktische Bedeutung entzogen. 2) Antiquirt ist ferner die Wiedereinsetzung gegen den Untergang der Contractsschulden durch capitis diminutio minima (Gai. III. 84. IV. 38, tit. D. de capite minutis 4. 5). Diese Wiedereinsetzung hatte bereits im römischen Rechte die Natur der Wiedereinsetzung ganz verloren; sie wurde ohne alle Rücksicht auf die besonderen Umstände des einzelnen Falles nach feststehender Regel ertheilt, und war daher auch der gewöhnlichen kurzen Verjährung nicht unterworfen (Savigny S. 210—212). Im heutigen Recht kann sie überhaupt nicht mehr anerkannt werden, da demselben die Idee der capitis diminutio im Allgemeinen, und so im Besonderen auch der auf diese Idee gegründete Untergang der Schulden, vollkommen fremd ist. Wächter Württ. Privatr. II S. 484: „Jedenfalls ging in Deutschland die Sache nie in das praktische Recht über". Nach Savigny a. a. O. und Burchardi S. 278 fg. soll diese Wiedereinsetzung schon durch das römische Recht selbst beseitigt sein; dagegen Schneider S. 304—307, Vangerow I § 34 Anm. 2. § 187 Anm., Spaltenstein S. 187 fg. Ueberhaupt Mandry das gemeine Familienrecht I S. 386 fg. 414 fg., M. Cohn Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts II S. 307 fg. 3) Die Wiedereinsetzung gegen alienatio iudicii mutandi causa, wenn es eine solche gegeben hat (l. 3 § 4 D. de al. iud. mut. c. 4. 7, l. un. C. eod. 2. 54 [55]) ist jedenfalls später weggefallen. Vgl. Schröter S. 145—149, Savigny S. 103—105. 212—213, Spaltenstein S. 18 fg., Pernice Labeo II S. 256 Note 9, Lenel Edictum perpetuum S. 101. — Gegen zwei andere von Schröter (S. 127. 142—143) angenommene Fälle (wegen verhinderten Erscheinens vor Gericht und beim SC. Velleianum) s. Schneider S. 257 fg., Vangerow § 177 Anm. Nr. 1. 2, Spaltenstein S. 14 fg., 74 fg. — Die Aufzählung bei Bekker a. a. O. S. 95 fg., soweit sie wirkliche Restitutionsfälle enthält, ergibt jedenfalls für das geltende Recht andere Restitutionsfälle als die genannten nicht. Im Besonderen vgl. mit l. 38 § 4 D. de solut. 46. 3 l. 95 § 1 eod., l. 88 l. 91 § 4 D. de V. O. 45. 1.

[3] Ueber das chronologische Verhältniß der einzelnen Wiedereinsetzungsgründe s. Burchardi S. 148—150. 212—217, Savigny S. 134—137, Spaltenstein S. 44 fg. 88 fg

b. Minderjährigkeit*.

§ 117.

Minderjährigen wird Wiedereinsetzung gewährt gegen die rechtlichen Nachtheile, in welche sie durch den ihrem Alter eigenthümlichen Mangel an Besonnenheit und Erfahrung verstrickt worden sind[1]. Gegen rechtliche Nachtheile, welche ihren Grund in diesem Mangel nicht haben, welche also auch ein Großjähriger nicht vermieden haben würde, wird ihnen Wiedereinsetzung nicht gegeben[2]. Von der anderen Seite ist mit Bestimmtheit in den Quellen anerkannt, daß Minderjährige durch den Beistand und selbst durch die Vertretung ihrer Vormünder, ja sogar durch die Ermächtigung der obervormundschaftlichen Behörde, des Anspruchs auf Wiedereinsetzung gegen eine an und für sich nicht gerechtfertigte Handlung oder Unterlassung nicht verlustig gehen[3].

---

* Dig. 4. 4 de minoribus. Cod. 2. 21 [22] de in integrum restitutione minorum.

§ 117. [1] Der Prätor hatte edicirt: „Quod cum minore quam XXV annis natu gestum erit, uti quaeque res erit, animadvertam“ (l. 1 § 1 D. h. t.). Dazu bemerkt Ulpian (l. 1 pr. eod.): „Hoc edictum praetor naturalem aequitatem secutus proposuit . . cum inter omnes constet, fragile esse et infirmum huiusmodi aetatium consilium et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum“. — Ueber die Tragweite des Ausdrucks gestum s. l. 7—11 § 2 D. h. t. L. 7 pr. cit. „Gestum sic accipimus qualiterqualiter, sive contractus sit sive quid aliud contigit“. Zu dem „quid aliud“ gehören auch Versäumnisse, l. 7 § 11. 12 cit., l. 9 § 2 l. 38 § 1 D. h. t. — Wie ist es, wenn die betreffende Thatsache zum Theil innerhalb, zum Theil außerhalb der Minderjährigkeit liegt? L. 3 § 1. 2 D. h. t. Brinz 1. Aufl. S. 116.

[2] L. 11 § 4. 5 l. 24 § 1 l. 44 D. h. t., l. 9 § 4 D. de iurei. 12. 2, l. 1 C. qui et adv. quos 2. 41 [42]. In l. 9 § 4 cit. heißt es: „nec enim utique, qui minor est, statim et circumscriptum se docuit“, und in l. 24 § 1 cit. wird darauf aufmerksam gemacht, daß eine unbedingte Wiedereinsetzung, gegen jedes nur im Erfolge nachtheilige Rechtsgeschäft, nicht einmal im Interesse der Minderjährigen selbst liege — „ne magno incommodo huius aetatis homines adficiantur, nemine cum his contrahente, et quodammodo commercio iis interdicatur“. Seuff. Arch. XXIII. 9, XXX. 224 (Entsch. des OAG. zu Rostock VIII Nr. 12), XXXII. 152.

[3] L. 2. 3. 5 C. si tutor 2. 24 [25], l. 4. 5 C. si adv. rem. iud. 2. 26 [27], l. 29 pr. l. 38 pr. l. 47 pr. D. h. t., l. 7 § 8 l. 49 eod.; l. 11 C. de praed. et al. reb. min. 5. 71. Seuff. Arch. II. 197, XXX. 224, XL. 4. Deßwegen ist

Wirklich ausgeschlossen wird der Antrag der Minderjährigen auf Wiedereinsetzung durch die Großjährigkeitserklärung[4], so wie durch eidliche Bestätigung des Geschäfts[5]; außerdem fällt er in einigen besonderen Fällen weg[6]. Will ein Minderjähriger durch

die Wiedereinsetzung auch anwendbar auf Geschlechtsunreife. Man wird jedoch bei gehöriger Vertretung nach l. 49 D. h. t. eine größere Erheblichkeit des erlittenen Nachtheils verlangen müssen (§ 115 Note 6). Das in der vorigen Note erwähnte Rostocker Erkenntniß gestattet den Gegenbeweis, daß der Vormund nichts versehen habe. Vgl. auch l. 7 § 8 i. f. D. h. t. — Es läßt sich nicht verkennen, daß in dieser Erstreckung der Wiedereinsetzung ein Hinausgehen über ihren Grundgedanken liegt, welches durch das Bedürfniß nicht gerechtfertigt wird, und daß namentlich im heutigen Recht, in welchem die Vormundschaft in weit umfassenderem Maße, als nach römischem Recht, der obrigkeitlichen Oberaufsicht unterliegt, „ein innerer Grund des Fortbestehens der Restitution Minderjähriger nicht mehr vorhanden ist" (Savigny S. 149). Vgl. auch Heimbach in Ortloff ꝛc. juristische Abhandlungen und Rechtsfälle I S. 365 fg.; andererseits Brinz S. 117. 118 (2. Aufl. I S. 416. 417). — Von der Regel, daß die Autorisation der Obrigkeit die Wiedereinsetzung nicht ausschließt, gibt es Eine Ausnahme, s. Note 6.

[4] L. 1 C. de his qui veniam 2. 44 [45], l. 5 C. de temp. i. i. r. 2. 52 [53]. Die gemeine Meinung stellt den Fall gleich, wenn der Minderjährige zu einer bestimmten Art der Thätigkeit öffentlich autorisirt worden ist. Glück V S. 546—549, Burchardi S. 222—224. Seuff. Arch. V. 138. Vgl. Budde u. Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI. 24.

[5] L. 1 C. si adv. vend. 2. 27 [28] und dazu Auth. *Sacramenta puberum*. Vgl. I § 83a Note 4. Die Gültigkeit des Eides setzt Geschlechtsreife voraus. Seuff. Arch. XI. 209, vgl. XIII. 13, aber auch II. 261.

[6] a) Bei Zahlungen, welche dem Vormunde des Minderjährigen in Folge richterlichen Decrets geleistet worden sind, l. 7 § 2 D. h. t., l. 25 C. de adm. tut. 5. 37, § 2 I. quib. al. 2. 8. A. M. Savigny S. 151. b) Bei einem Darlehn, welches ein in väterlicher Gewalt stehender Minderjähriger auf Geheiß des Vaters genommen hat, l. 3 § 4 D. h. t., l. 1 [2] C. de fil. fam. min. 2. 22 [23]. Diese Ausnahme, für welche freilich kein innerer Grund spricht, sucht durch Interpretation bez. Emendation zu beseitigen Savigny VII Beil. XVIII. S. dagegen Vangerow I § 183 Anm. 2 Nr. 4, Spaltenstein S. 105 fg., Mandry das gemeine Familiengüterrecht I S. 400 fg. c) Bei einem Dahrlehn, welches ein wenigstens achtzehnjähriger Minderjähriger, zum Zweck der Befreiung seiner Ascendenten oder anderer von ihm beerbter Personen aus der Gefangenschaft aufgenommen hat, Nov. 115 c. 3 § 13. d) Bei einem Vergleiche unter nahen Verwandten (die betreffende Stelle nennt Geschwister) zum Zweck der Beseitigung eines Vermächtnisses, welches ihnen gegenseitig für den Fall des früheren Todes auferlegt worden ist („cum fratrum concordia remoto captandae mortis alterius voto improbabili retineatur", l. 11 C. de transact. 2. 4). e) Keine Wiedereinsetzung wird

die Wiedereinsetzung den erlittenen Nachtheil auf einen anderen Minderjährigen abwerfen, so steht ihm der Grundsatz entgegen, daß, wenn für beide Theile gleich viel spricht, der bestehende Zustand aufrecht erhalten wird[7].

Den Minderjährigen sind durch gesetzliche Bestimmung gleichgestellt Gemeinden[8] und kirchliche Corporationen[9].

---

dem Minderjährigen ertheilt gegen eine Wiedereinsetzung, welche er gegen eine von seinem Vater für ihn, während er Kind ist, gemachte Annahme eines Erwerbes, so wie gegen seine eigene Annahme eines Erwerbes gegenüber der vom Vater für ihn gemachten Ausschlagung erlangt hat, l. 8 § 6 C. de bon. quae lib. 6. 61. Vgl. III § 599 Note 10. f) Gegen den Verkauf von Pfändern wird ihm Wiedereinsetzung nur gegeben, wenn der Schaden, welchen er erlitten hat, ein sehr bedeutender ist, oder Käufer und Verkäufer sich einer gemeinschaftlichen Unredlichkeit schuldig gemacht haben, l. 9 pr. D. h. t., l. 1 C. si adv. vend. pign. 2. 28 [29], l. 3 C. si adv. fisc. 2. 36 [37], l. 2 C. de praed. min. 5. 71. Nach diesen Stellen sind zu erklären einerseits Paul. sentent. I. 9 § 8, l. 7 § 1 D. de distr. pign. 20. 5, l. 1 C. de praed. min. 5. 71, und andererseits l. 38 D. h. t., l. 1 C. si adv. vend. pign. 2. 28 [29], l. 4 C. de reb. alien. 4. 51. Vgl. auch l. 6 C. de rest. mil. 2. 50 [51]. Dernburg Pfandrecht II S. 235 fg.; abweichend Savigny S. 152, theilweise Bachofen ausgewählte Lehren S. 161—170. Spaltenstein S. 98. — Antiquirt sind die Ausnahmen der l. 13 § 11 C. de iud. 3. 1, l. 1 § 1 C. de plus pet. 3. 10. Keine Ausnahmen enthalten l. 1 C. de i. i. r. min. 2. 21 [22] (Burchardi S. 252, Vangerow I § 183 Anm. 2 a. E.) und l. 1 C. si adv. don. 2. 29 [30] (§ 115 Note 6). Daß der Minderjährige nicht wiedereingesetzt wird, wenn er sich arglistigerweise für großjährig ausgegeben hat (l. 2. 3 C. si minor se mai. 2. 42 [43]), und daß er seinen Anspruch auf Wiedereinsetzung durch Bestätigung nach erlangter Großjährigkeit verliert (Cod. 2. 45 [46] si maior factus ratum habuerit), sind keine Ausnahmen, welche sich speciell auf die Wiedereinsetzung Minderjähriger beziehen (§ 115 Note 10, § 83).

[7] L. 128 pr. D. de R. I. 50. 17, l. 11 § 6 l. 34 pr. D. h. t. Vgl. Seuff. Arch. I. 155, V. 101. 102. 249, VII. 141, XXVI. 2.

[8] L. 3 C. de iure reip. 11. 30 [29], l. 1 C. de off. eius l. 50, l. 4 C. quib. ex caus. mai. 2. 53 [54]. Seuff. Arch. I. 404, V. 249, XXI. 198, XXVI. 5, XXVIII. 6.

[9] C. 1. 3. 6 X. de i. i. r. 1. 41, c. 11 X. de reb. eccl. 3. 13, c. 1. 2 de r. i. i. in VI° 1. 21, cl. un. de r. i. i. 1. 11. Ueber bez. gegen die Erstreckung des Privilegiums der Minderjährigen auf andere juristische und andere bevormundete Personen s. Glück VI S. 23 fg., Burchardi S. 258 fg., Savigny S. 160. 161, Holzschuher I § 24 Nr. 13, Wächter I S. 579. Die Praxis ist der Ausdehnung entschieden geneigt. S. Seuff. Arch. III. 191 (milde Stiftungen); II. 156, III. 191 X. 8, XIV. 191 (Fiscus); III. 190, XIII. 9. 186 (Verschwender); V. 103 (Blödsinnige). Gegen die Erstreckung auf Geisteskranke

c. Zwang, Betrug, Irrthum.

§ 118.

Die Wichtigkeit der Wiedereinsetzung wegen Zwanges ist in bedeutendem Grade dadurch gemindert, daß neben derselben ein Ersatzanspruch gewöhnlicher Art begründet ist, und zwar nicht bloß gegen den Zwingenden, sondern auch gegen den unschuldigen Dritten, welcher das durch das erzwungene Rechtsgeschäft Verlorene hat[1]. Von der andern Seite darf man nicht so weit gehen, durch diesen Ersatzanspruch die Wiedereinsetzung wegen Zwanges für ganz ausgeschlossen zu halten[2]; sie ist neben demselben sowohl in unseren Quellen ausdrücklich anerkannt[3], als auch für besondere Fälle von entschiedener praktischer Wichtigkeit[4].

Auch neben der Wiedereinsetzung wegen Betrugs geht ein Ersatzanspruch, wenn auch nicht gegen den unschuldigen Dritten,

---

XXXIV. 266; auf Concursmassen X. 116. 327 (anders in Betreff von Versäumnissen V. 98); auf Actienvereine VI. 138. Vgl. noch Stobbe I § 53 Note 3.

[1] Actio quod metus causa. § 118.

[2] Unter den Neueren vertritt diese Meinung namentlich Puchta § 100. c. § 102. c. d. Dagegen Burchardi § 18. 19, Schröter S. 116 fg., Savigny § 330 (namentlich Note g), Vangerow I § 185 Anm. Nr. II., Schliemann Lehre vom Zwange S. 58. 59. Schloßmann zur Lehre vom Zwange S. 94 fg. läßt Wiedereinsetzung des Zwanges nur bei Antritt und Ausschlagung der Erbschaft zu.

[3] Im Allgemeinen: l. 1 D. de i. i. r. 4. 1, Paul. sentent. l. 7 § 2; in besonderen Anwendungen: l. 9 § 4 l. 21 § 5. 6 D. quod met. c. 4. 2. Die actio in rem der l. 9 § 4 cit. und der l. 3 C. de his quae vi 2. 19 [20] wird wohl besser als actio Publiciana mit replicatio quod metus causa gegen die exceptio dominii gefaßt. Schulin über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio (Marburg 1873) S. 19 fg. — Ueber das Zeitverhältniß dieser beiden Rechtsmittel s. Burchardi § 18, Schröter S. 116 fg., Vangerow § 185 Anm., Schliemann a. a. O. S. 7—12, Kramer leer van den psychischen dwang (§ 80*) p. 200—205, Spaltenstein S. 128 fg., welche die Wiedereinsetzung für jünger halten, und Savigny S. 112—116. 191 fg., der sie für älter hält.

[4] Namentlich bei Insolvenz des Gegners, um einen dinglichen Anspruch statt eines bloß persönlichen zu erlangen. Ein anderes Beispiel bietet die Antretung und Ausschlagung einer Erbschaft dar, „wegen der unbestimmten, vielleicht unübersehbaren Rechtsverhältnisse, die mit der Erbschaft verbunden sein können" (Savigny S. 195). S. auch Schliemann a. a. O. S. 41—42. 59, Spaltenstein S. 144—147.

einher[5]. Bei ihr kommt aber hinzu, daß ihre Existenz zwar an und für sich sicher, ihre Anwendbarkeit aber in anderen als den in den Quellen ausdrücklich erwähnten Fällen äußerst bedenklich ist, und diese Fälle sind sämmtlich processualischer Natur[6].

Die Wiedereinsetzung wegen Irrthums findet in dem Gebiete des materiellen Rechts nur in einem einzigen Falle Anwendung, nämlich wenn Erbschaftsgläubiger durch einen entschuldbaren Irrthum bewogen sich die Rechtswohlthat der Gütertrennung haben geben lassen[7].

---

[5] Actio de dolo.

[6] Der Betrug wird als Wiedereinsetzungsgrund im Allgemeinen bezeichnet in l. 1 D. de i. i. r. 4. 1 und bei Paul. sentent. I. 7 § 2. Aber das braucht nicht den Sinn zu haben, daß er in allen Fällen Wiedereinsetzung begründen solle; sonst müßte man auch den Irrthum für einen allgemein wirkenden Wiedereinsetzungsgrund erklären, da derselbe bei Paulus a. a. O. und in l. 2 D. de i. i. r. 4. 1 gleichfalls als Wiedereinsetzungsgrund im Allgemeinen angeführt wird. Es kommt also auf die einzelnen Quellenentscheidungen an, in denen die Wiedereinsetzung wegen Betrugs zur Anwendung gebracht wird. Diese sind, wenn man bei dem Sicheren stehen bleibt, l. 7 § 1 D. de i. i. r. 4. 1 und l. 33 D. de re iud. 42. 1; l. 18 D. de interr. 11. 1 nennt den Betrug nicht und kann vom Irrthum verstanden werden, l. 3 § 1 D. de eo per quem fact. erit 2. 10 erklärt sich vollkommen aus den Grundsätzen über die Wiedereinsetzung wegen Versäumniß (Francke Beitr. S. 79), die von Vielen behauptete Wiedereinsetzung wegen Betrugs gegen bonae fidei contractus kann nicht bewiesen werden (§ 115 Note 1). Jene sicheren Anwendungsfälle der Wiedereinsetzung wegen Betrugs sind aber sämmtlich processualischer Natur; dieß gilt auch von der sich allerdings ziemlich allgemein ausdrückenden l. 7 § 1 D. de i. i. r. 4. 1 (*vr.* boni praetoris est potius restituere *litem*). Wenn es nun schon überhaupt mißlich ist, Sätze, welche für den Proceß gelten, auf das materielle Recht auszudehnen, so kommt hier ein Anderes hinzu. Nach ausdrücklichen Quellenzeugnissen soll die Wiedereinsetzung wegen Betrugs die (infamirende) actio de dolo ausschließen (l. 7 § 1 D. de i. i. r. 4. 1, l. 1 § 6 D. de dolo 4. 3); so enthalten alle Stellen, in denen eine actio de dolo für zulässig erklärt wird, ein indirectes Zeugniß gegen die Wiedereinsetzung wegen Betrugs; vgl. namentlich l. 18 § 4 l. 38 D. de dolo 4. 3. — Der hier vertretenen Meinung (daß die Wiedereinsetzung wegen Betrugs nur in den in den Quellen speciell genannten Fällen gewährt werden dürfe) sind Schröter S. 128, Vangerow I § 185 Anm. Nr. III, Sintenis I S. 374, Wächter I S. 579 fg. Württ. Privatr. II S. 843, Spaltenstein S. 147 fg., vgl. auch Bekker Aktionen II S. 84; dagegen Burchardi § 20, und namentlich Savigny VII § 332, s. auch Brinz 2. Aufl. I S. 429.

[7] Die Wiedereinsetzung wegen Irrthums wird, wie bereits in der vorigen

d. Wiedereinsetzung gegen Versäumnisse* [1].

§ 119.

Gegen die nachtheiligen Folgen von Versäumnissen[2] wird Wiedereinsetzung ertheilt in allen Fällen, in welchen das Versäumniß seinen Grund in einem äußeren, nach dem Ermessen des Richters die Wiedereinsetzung rechtfertigenden, Hinderniß hat[3]. Eine Reihe solcher Hindernisse zählen die Quellen ausdrücklich auf.

Note bemerkt wurde, im Allgemeinen erwähnt von Paul. sentent. I. 7 § 2 und in l. 2 D. de i. i. r. 4. 1; in Beziehung auf sie herrscht aber allgemeine Uebereinstimmung darüber, daß sie über die in den Quellen genannten Anwendungsfälle nicht ausgedehnt werden darf. Diese Anwendungsfälle sind nun wieder vorzugsweise processualischer Natur, und selbst diese größtentheils antiquirt (so vor allem die im Edicte ausdrücklich erwähnte Wiedereinsetzung gegen denjenigen, der sich falso tutore auctore auf einen Proceß eingelassen hat, l. 1 § 6 D. quod falso tut. 27. 6, vgl. außerdem Gai. IV. 53. 57, § 33 I. de act. 4. 6, l. 2 D. de exc. rei iud. 44. 2, l. 18 D. de interr. 11. 1, l. 8 § 2 D. qui satisd. 2. 8, l. 11 § 8. 10. 11 D. de interr. 11. 1, l. 7 pr. D. de i. i. r. 4. 1). Nicht auf den Proceß bezieht sich nur die bei uns nicht mehr anwendbare l. 3 § 31 D. de SC. Silan. 29. 5 (vgl. § 119 Note 16) und die l. 1 § 17 D. de sep. 42. 6, welche den im Text bezeichneten Satz ausspricht (l. 17 D. de his quae ut ind. 34. 9 enthält keinen Wiedereinsetzungsfall). Vgl. Savigny III S. 384 fg. VII § 331; außerdem Francke Beitr. S. 83 fg., Burchardi § 21, Vangerow I § 186 Anm. Spaltenstein S. 163 fg., Seuff, Arch. X. 114, XI. 203, XV. 173. 174, XXXIV. 266.

*Dig. IV. 6 ex quibus causa maiores XXV annis in integrum restituuntur. Cod. II. 53 [54] ex quibus causis maiores in integrum restituuntur.

[1] Die in den vorstehend genannten Titelrubriken und sonst vorkommende Bezeichnung dieser Wiedereinsetzung als in integrum restitutio maiorum erklärt sich aus der verhältnißmäßig geringen praktischen Wichtigkeit der Wiedereinsetzung wegen Zwangs, Betrugs und Irrthums. Savigny VII S. 163. Einer historischen Erklärung geben den Vorzug Burchardi S. 148 fg., Spaltenstein S. 46 fg. § 119.

[2] Unter den nachtheiligen Folgen eines Versäumnisses ist besonders wichtig, und deßwegen im prätorischen Edict besonders hervorgehoben (l. 1 § 1 D. h. t.), die Verjährung. S. außerdem l. 15 § 2 l. 17 § 1 l. 41. 43 D. h. t., l. 1. 6 C. de rest. mil. 2. 50 [51]. Vgl. Francke Beitr. S. 68—72.

[3] In dem prätorischen Edict (l. 1 § 1 D. h. t., die Wortinterpretation bei Savigny S. 165. 166) heißt es nach Aufzählung einer Reihe von besonderen Restitutionsgründen, unter welchen die Abwesenheit der hauptsächliche ist: „item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam, quod eius per leges plebiscita senatusconsulta edicta decreta principum licebit". Die früher herrschende Meinung gab dieser „generalis clau-

1. Hindernisse in der Person des Versäumenden. Vor Allem Abwesenheit vom Wohnorte[4]; dieselbe muß aber durch Nothwendigkeit oder einen sonstigen Grund gerechtfertigt gewesen sein[5]. Der Abwesenheit wird gleichgestellt die Freiheitsberaubung[6]. Ferner gehört hierher die dem Ungeborenen gewährte Wiedereinsetzung[7]. Daß der Versäumende einen Vertreter hatte, nimmt ihm, abgesehen von dem Falle, wo ein rechtskräftiges Urtheil gegen ihn erlassen worden ist, den Anspruch auf Wiedereinsetzung nicht[8],

---

sula (l. 26 § 1 l. 33 pr. D. h. t.) einen ganz allgemeinen Sinn und überließ demnach die Wiedereinsetzung überhaupt dem Ermessen des Richters. Andere wollten diese Clausel auf Fälle der Abwesenheit beschränken, welche im Edicte nicht genannt seien. Glück VI § 471. Jetzt ist allgemein anerkannt, daß beide Meinungen unrichtig sind, daß die generalis clausula nicht bloß auf Fälle der Abwesenheit, aber auch nicht auf positive Handlungen, und namentlich nicht auf Rechtsgeschäfte zu beziehen ist. Vgl. besonders Burchardi S. 191 fg., Francke Beitr. S. 73 fg., Savigny S. 167, Vangerow I § 188 Anm. 1 Nr. III, Spaltenstein S. 71 fg. Seuff. Arch. X. 113 vgl. 117. Gegen jene zu allgemeine Auffassung der generalis clausula beweist unmittelbar l. 26 § 9 l. 28 D. h. t. — Vgl. CPO. § 210. 211.

[4] Seuff. Arch. V. 104.

[5] Das Edict nannte Abwesenheit aus Furcht (begründeter, l. 2 § 1 l. 3 D. h. t.) und in Staatsgeschäften (l. 4—7 l. 33 § 1 l. 38 l. 45 D. h. t.). Auf Grund der clausula generalis wurde die Wiedereinsetzung für zulässig erklärt „quotiescunque quis ex necessitate, non ex voluntate afuit" (l. 26 § 9 D. h. t.), ja auch bei freiwilliger Abwesenheit, „si quis de causa probabili afuerit" (l. 28 pr. D. h. t.). Unter causa probabilis darf man freilich nicht eine „löbliche" Ursache verstehen, wie Savigny (S. 174—176) thut, um dann gegen dieses Erforderniß der Löblichkeit zu polemisiren. Vgl. noch l. 8. 26 § 1 l. 40 § 1 l. 42 D. h. t., l. 1 C. h. t, l. 1. 2 C. de ux. mil. 2. 51 [52].

[6] „In vinculis esse", l. 1 § 1 D. h. t., l. 9. 10 eod. Diesem Fall wird ex clausula generali gleichgestellt, wenn Jemand unter Bürgschaft versprochen hat, einen bestimmten Ort nicht zu verlassen, l. 28 § 1 D. h t. Im Edicte war auch die Kriegsgefangenschaft noch besonders genannt, welche nach der der Abwesenheit ex clausula generali gegebenen Ausdehnung nun unter diese fällt, ferner das in servitute esse (sich thatsächlich im Zustande eines Sclaven befinden). L. 11—15 § 2 D. h. t.

[7] L. 45 pr. D. de min. 4. 4.

[8] Daß das Vorhandensein eines Vertreters die Wiedereinsetzung nicht ausschließt, sagt ausdrücklich l. 26 § 9 D. h. t.: — „et saepissime constitutum est, adiuvari eum debere, sive habuit procuratorem sive non". Damit stimmt überein l. 15 pr. D. h. t. (der apud hostes Befindliche wird deßwegen nicht weniger restituirt, weil seinem Vermögen ein Curator gesetzt worden ist)

wohl, daß er keinen Vertreter hatte, wo er einen hätte haben sollen[9], und nach Analogie dieser letzteren Entscheidung muß ihm die Wiedereinsetzung auch dann versagt werden, wenn er in der Auswahl des Vertreters ein ihm zur Last fallendes Versehen begangen hat.

2. Hindernisse in der Person desjenigen, in Betreff dessen eine Handlung hätte vorgenommen werden sollen: namentlich wieder Abwesenheit und Freiheitsberaubung[10], sodann wenn dessen Belangung in Folge seiner Arglist, oder wegen geschäftlicher Abhaltung, oder wegen einer ihn von der Einlassung entbindenden Eigenschaft[11], oder weil er wahnsinnig, Kind, juristische Person

---

und l. 8. D. de i. i. r. 4. 1 (Wiedereinsetzung, wenn der Vertreter die Appellationsfrist versäumt hat). Diesen Stellen steht entgegen, außer l. 8 cit. in ihrem übrigen Inhalt (s. unten), namentlich l. 39 D. h. t. „Is, qui reipublicae causa afuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens restitui non auditur". Die Ansichten gehen auseinander; eine Uebersicht gibt Fritz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVII Nr. 3 S. 68 fg. (s. auch Arndts § 120 Anm. 3). Savigny (S. 178. 180) ist geneigt mit Burchardi (S. 166 fg.) eine allmählige Entwickelung des Rechts zu größerer Milde anzunehmen; umgekehrt gibt Dernburg I § 142 Note 9 der l. 39 cit. den Vorzug. Nach meiner Ansicht ist l. 39 cit., gemäß des eigentlich technischen Sinnes von defendere, von einem rechtskräftigen Urtheil zu verstehen, und aus derselben also lediglich der Satz herzuleiten, daß der Vertretene gegen den Inhalt eines rechtskräftigen Urtheils nicht restituirt werden solle, welchen Satz auch l. 8 D. de i. i. r. cit. enthält. So im Resultate auch Fritz a. a. O. (dem aber nicht beigestimmt werden kann, wenn er diesen Satz darauf zurückführt, daß die Wiedereinsetzung wegen Abwesenheit sich überhaupt nicht auf Urtheile, weil nicht auf die Uebernahme von Verbindlichkeiten, beziehe), ebenso Spaltenstein S. 55 fg. und das Erk. des OAG. zu Rostock 1/11 74 bei Budde Entscheid. IX S. 21. Brinz 2. Aufl. I S. 423 fg. sieht in l. 39 cit. einen procurator, der gehandelt hat, und glaubt, daß mit dem „potius" nur habe hervorgehoben werden sollen, daß er auch rechtlich fähig zur Vertretung gewesen sei.

[9] L. 20 pr. D. de min. 4. 4, l. 26 § 1 l. 28 pr. D. h. t. Das steht mit dem in der vorigen Note Bemerkten nicht in Widerspruch. Der Abwesende kann nicht einwenden: er würde ja auch Wiedereinsetzung haben begehren können, wenn er einen Vertreter gehabt hätte; es ist nicht anzunehmen, daß der Vertreter seine Pflicht nicht erfüllt haben würde. Fritz a. a. O. S. 62 fg. will dieß ohne Grund auf die Wiedereinsetzung ex clausula generali beschränken.

[10] L. 1 § 1 D. h. t.; l. 21 § 1 l. 23 pr. § 3 eod.

[11] L. 1 § 1 D. h. t.; l. 23 § 4 l. 24. 25. 26 § 2 eod.

ist, unmöglich gewesen ist[12]. Erforderlich ist aber, daß auch kein Vertreter desselben aufgefunden werden konnte[13].

3. Hindernisse in der Person des Richters, z. B. Verschleppung, Rechtsverweigerung, außerordentliche Ferien[14].

4. Sonstige Hindernisse: so wenn eine Dienstbarkeit nicht ausgeübt worden ist, weil der Zustand der dienenden Sache es nicht zuließ[15]. Es darf nur nicht auch der Irrthum hierher gezählt werden[16].

C. Die Wiedereinsetzung selbst.

§ 120.

Begehrt werden kann die Wiedereinsetzung durch den Verletzten und seine Rechtsnachfolger, Gesammt-[1] wie Sondernachfolger[2].

Begehrt werden kann sie gegen denjenigen, zu Gunsten

---

[12] L. 22 § 2 D. h. t.

[13] L. 21 § 2. 3 l. 22 pr. l. 26 § 3 D. h. t. Vgl. § 4. 5 I. de satisd. 4. 11, l. 2 C. de ann. exc. 7. 40. Savigny VII S. 184.

[14] L. 26 pr. § 4—7 D. h. t.

[15] L. 34 § 1 l. 35 D. de S. P. R. 8. 3, l. 14 pr. D. quemadm. serv. 8. 6, l. 1 § 9 D. de itinere 43. 19. Ungewißheit der Berufung: III § 600 Note 16.

[16] Wegen Irrthums (Nichtwissens) wird gegen Versäumnisse Wiedereinsetzung ertheilt in l. 7 pr. D. de i. i. r. 4. 1, in welcher von einem processualischen Fall die Rede ist, und l. 3 § 31 de SC. Sil. 29. 5: „si idcirco ignoratum est, quia metu senatusconsulti (Silaniani) aperiri tabulae non potuerunt". Wollte man aus dieser (heutzutage unanwendbaren) Entscheidung eine allgemeine Regel machen, so würde namentlich die Anspruchsverjährung einen großen Theil ihrer Bedeutung und ihres Nutzens verlieren. S. auch l. 19 § 1 D. quemadm. serv. 8. 6 und vgl. § 118 Note 7. Auf den Ausschluß des Irrthums bezieht sich der in den Text aufgenommene Zusatz: „äußeres" Hinderniß.

§ 120. [1] L. 6 D. de i. i. r. 4. 1, l. 18 § 5 D. de min. 4. 4; vgl. l. 3 § 9 10 eod.

[2] D. h. die Sondernachfolger in den Wiedereinsetzungsanspruch; der Anspruch auf Wiedereinsetzung kann cedirt werden, wie jeder andere Anspruch, l. 24 pr. D. de min. 4. 4. Vgl. l. 25 D. de admin. 26. 7, l. 20 § 1 D. de tutelae 27. 3. Dagegen wäre es vollkommen ungerechtfertigt, wenn man den Anspruch auf Wiedereinsetzung auch dem Sondernachfolger in ein Recht zugestehen wollte, welches durch eine rechtliche Wirkung geschmälert worden ist, gegen die der Rechtsurheber Wiedereinsetzung hätte begehren können

dessen die verletzende rechtliche Wirkung eingetreten ist, und gegen seine Gesammtnachfolger. Gegen diejenigen, welche durch einen abgeleiteten Erwerb anderer Art auf Grund der verletzenden rechtlichen Wirkung etwas erworben haben, kann die Wiedereinsetzung nur dann begehrt werden, wenn diese Personen bei dem Erwerbe die Begründetheit der Wiedereinsetzung gekannt haben, oder ohne Wiedereinsetzung ein bedeutender Nachtheil von dem Verletzten nicht abgewendet werden kann[3]; nur die Wiedereinsetzung wegen Zwanges wird unbedingt gegen jeden Dritten gewährt[4]. Dritte, welche das dem Verletzten Fehlende ohne allen Rechtsgrund in Händen haben, können natürlich auf bessere Behandlung keinen Anspruch machen[5].

Begehrt werden muß sie bei dem, nach den Regeln des

(Beispiel: Eigenthum — Belastung der Sache mit einer Dienstbarkeit). — Ebensowenig kann der Anspruch auf Wiedereinsetzung durch den Bürgen geltend gemacht werden, l. 7 § 1 i. f. D. de exc. 44. 1 (wo zuerst von der exc. legis Plaetoriae, dann von der Wiedereinsetzung des Minderjährigen die Rede ist); vgl. l. 95 § 3 D. de solut. 46. 3. Eine andere Frage ist es, ob die dem Verletzten ertheilte Wiedereinsetzung auch seinem Bürgen zu Gute kommt; s. Note 18. Ueber das Ganze: Burchardi S. 398—416, Savigny S. 216—222, Vangerow § 179 Anm., Spaltenstein S. 193 fg.

[3] Daß die Wiedereinsetzung bald in rem, bald nur in personam ertheilt werde, sagt Paul. sentent. I. 6 § 4. Die im Text aufgestellte Regel spricht am Entschiedensten aus l. 13 § 1 l. 14 D. de min. 4. 4 (wo als Fall, in welchem ohne Wiedereinsetzung gegen den Dritten der Verletzte nicht zu dem Seinigen gelangen würde, namentlich der hervorgehoben wird, wenn der zunächst Betheiligte zahlungsunfähig sei). Diesen Stellen gegenüber darf l. 17 pr. D. ex quib. caus. mai. 4. 6 beschränkend interpretirt werden, was bei l. 39 pr. de evict. 21. 2, die einen ganz anderen Gesichtspunkt hervorheben will, ohne alles Bedenken ist; l. 30 § 1 D. ex quib. caus. mai. von einer Wiedereinsetzung gegen den Dritten zu verstehen, ist in keiner Weise nothwendig. Die Wiedereinsetzung gegen den Pfandverkauf (l. 2 C. de praed. min. 5. 71) ist keine Wiedereinsetzung gegen den Dritten. Vgl. übrigens auch die anderen bei § 117 Note 6 f citirten Stellen. Die Meinungen gehen auch hier sehr auseinander. Vgl. Burchardi S. 416—420, Savigny S. 223. 269—273, Wetzell disp. de quaestione adversus quem in int. rest. imploranda sit, Marb. 1850, Wächter I S. 586. Württ. Privatr. II S. 847, Arndts § 123 Anm., Spaltenstein S. 198 fg.

[4] Nach Analogie der actio quod metus causa und nach l. 3 C. de his quae vi 2. 19 [20].

[5] Seuff. Pand. III § 665 Note 28, Arndts § 123 Anm.

Proceßrechtes zuständigen, Richter[6]. Derselbe entscheidet nicht, ohne vorher dem Gegner Gehör gestattet zu haben[7]. Ist nach ertheilter Wiedereinsetzung noch ein Rechtsstreit zwischen den Parteien übrig[8], so ist derselbe in einem besonderen Verfahren zu erledigen; er kann aber auch sogleich mit dem Wiedereinsetzungsverfahren verbunden werden[9].

Begehrt werden muß die Wiedereinsetzung binnen einer vierjährigen Frist[10]. Dieselbe läuft von dem Tage an, wo der

[6] Burchardi § 28, Savigny § 334, Spaltenstein S. 201 fg.

[7] L. 13 pr. l. 29 § 2 D. de min. 4. 4, l. 1 C. si adv. dot. 2. 33 [34], Nov. 119 c. 6.

[8] Was nicht nöthig ist, z. B. wenn der Minderjährige gegen ein ihn beschwerendes Kaufgeschäft wiedereingesetzt wird. Umgekehrt kann die Wiedereinsetzung auch gerade die Absicht haben, einen Rechtsstreit erst möglich zu machen, z. B. wenn sie gegen den Ablauf einer Anspruchsverjährung ertheilt wird.

[9] Die Neueren unterscheiden danach zwischen iudicium rescindens und iudicium rescissorium; der letztere Ausdruck ist quellenmäßig (abwechselnd gebraucht mit iudicium restitutorium oder actio restitutoria), nur nicht auf die Wiedereinsetzung beschränkt, vgl. l. 16 C. ad SC. Vell. 4. 29, l. 8 § 7 12. 13 D. eod. 16. 1. Nach dem classischen römischen Recht bildete die Trennung beider Verfahren die Regel, da die Wiedereinsetzung nur vom Magistratus ertheilt werden konnte (l. 9 § 4 D. de iurei. 12. 2, vgl. Voigt condictiones ob causam S. 777 Note 728, auch Rudorff Zeitschr. f. RGesch. IV S. 94. 95), und derselbe einen gewöhnlichen Rechtsstreit nur in außerordentlichen Fällen entschied. Vgl. über das Ganze Burchardi § 24—26, Savigny § 337, Spaltenstein S. 203 fg.; auch Voigt a. a. O. S. 776 fg.

[10] An die Stelle des früheren annus utilis hat Justinian ein quadriennium continuum gesetzt, l. 7 C. de temp. i. i. r. 2. 52 [53] (Zwischenrecht in l. 2 C. Th. de integr. rest. 2. 16). Uebrigens ist es nicht unbestritten, daß das genannte Gesetz sich auf alle Restitutionsfälle beziehe, vgl. Vangerow I § 180 Anm. Nr. 1, Spaltenstein S. 210 fg. Die Bestimmung, daß binnen dieser Frist das Wiedereinsetzungsgesuch nicht bloß angebracht, sondern auch erledigt sein müsse, hat die Praxis beseitigt. Glück V S. 445, Vangerow I § 180 Anm. Nr. 3. Vgl. über die Verjährung des Anspruchs auf Wiedereinsetzung überhaupt: Unterholzner Verjährungslehre II § 151—155, Burchardi § 27, Savigny S. 242—264, Brinz 2. Aufl. I S. 431 fg., Seuff. Arch. XXI. 6. — Bekker a. a. O. S. 101 fg. Note 39 bestreitet die Nothwendigkeit der Einhaltung der Frist für den im Besitz Befindlichen. Sein Grund ist, daß der Prätor jedenfalls das „außeredictmäßige" Recht gehabt habe, auch nach Ablauf der Frist die Klage zu verweigern und die Einrede zu bewilligen, und daß dieß auch dadurch nicht anders habe werden können, „daß andere Gerichtsbeamte die Verwaltung der Restitution statt der Prätoren in ihre Hände genommen haben". Mir

Wiedereinsetzungsgrund weggefallen ist[11], für die Wiedereinsetzung von Gemeinden und kirchlichen Korporationen von dem Tage der Verletzung an[12]. Gegen den Ablauf dieser Frist kann, wenn ein rechtfertigender Grund vorliegt, wieder Wiedereinsetzung begehrt werden[13], jedoch, wenn der rechtfertigende Grund erst eintritt, nachdem die Frist bereits zu laufen begonnen hat, nur binnen der von der Frist noch übrigen Zeit[14].

Die Wirkung der Wiedereinsetzung ist Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes[15]. Die Wiederherstellung erfolgt aber

ist das nicht verständlich; man ist doch darüber einverstanden, daß der Prätor eben eine ganz andere Stelle hatte, als der Richter des Justinianischen und des heutigen Rechts. S. auch Bekker selbst II S. 236 Note 24.

[11] Ausdrücklich vorgeschrieben für die Wiedereinsetzung wegen Minderjährigkeit und gegen Versäumnisse, l. 7 C. de temp. i. i. r. 2. 52 [53] — bestritten für Zwang, Betrug, Irrthum, vgl. Vangerow I § 180 Anm. Nr. 2 in der Mitte, Brinz 2. Aufl. I S. 432. Besonderes für den Fall der Großjährigkeitserklärung in l. 5 pr. C. eod.; über l. 28 § 3 D. ex quib. caus. mai. 4. 6 s. Savigny S. 252 Note a, Spaltenstein S. 215 fg. Kenntniß der erlittenen Verletzung ist zum Beginn der Verjährung nicht erforderlich. Burchardi S. 517 fg., Savigny S. 248 fg., Vangerow I § 180 Anm. Nr. 2, Spaltenstein S. 212 fg., Brinz a. a. O. S. 432, Wächter S. 590 fg., Seuff. Arch. I. 270, VIII. 10.

[12] C. 1. 2 de r. i. i. in VI° 1. 21, cl. un. de r. i. i. 1. 11. Kenntniß der erlittenen Verletzung verlangt auch das canonische Recht (c. 1. 2 de r. i. i. in VI°) nicht. Savigny S. 248—250, Wächter S. 591. A. M. Keil Arch. f. civ. Pr. XXXVIII S. 379 fg. Dagegen Vermehren das. XXXIX S. 218 fg. (vgl. X S. 392 fg.). Für das Erforderniß der Kenntniß: Seuff. Arch. III. 191, XI. 204, XIV. 191; dagegen XI. 8.

[13] Von Anderen wird dieß geleugnet wegen l. 20 pr. D. de min. 4. 4, welche aber die Wiedereinsetzung bloß deßwegen versagt, weil ein rechtfertigender Grund eben nicht vorliegt (§ 119 Note 9). Vgl. auch l. 19 eod., l. 1—3 C. de temp. i. i. r. 2. 52 [53], c. 1 de r. i. i. in VI° 1. 21. Savigny S. 258—263, Arndts § 122 Anm. 3.

[14] Mit anderen Worten: derjenige Theil der Wiedereinsetzungsfrist, welcher verfließt, während ein Wiedereinsetzungsgrund besteht, wird nicht gerechnet. L. 19 D. de min. 4. 4, l. 5 § 1. 2 C. de temp. i. i. r. 2. 52 [53]. Ein späteres Eintreten eines Wiedereinsetzungsgrundes kann namentlich auch so vorkommen, daß der zur Wiedereinsetzung Berechtigte innerhalb der Frist stirbt und einen Erben hinterläßt, in dessen Person ein Wiedereinsetzungsgrund vorhanden ist. Gerade von diesem Falle sprechen die zuvor erwähnten Stellen.

[15] L. 7 § 5 l. 27 § 2. 3 l. 33. 40 pr. l. 48 § 2 l. 50 D. de min. 4. 4, l. 23 § 2 l. 26 § 7. 8 l. 28 § 6 D. ex quib. caus. mai. 4. 6, l. 19 D. de nov. 46. 2, l. 1 § 1 C. de reput. 2. 47 [48].

nicht bloß zu Gunsten, sondern auch zu Lasten des Wiedereingesetzten, so daß derselbe herausgeben muß, was er durch die eingetretene rechtliche Wirkung gewonnen hat, vorausgesetzt daß er es nicht in Folge gerade des Wiedereinsetzungsgrundes wieder verloren hat[16]. Ebenso tritt er in die Verpflichtungen wieder ein, die etwa früher für ihn bestanden haben, und das Gleiche gilt auch für Dritte, wenn diese durch die nun wiederaufgehobene rechtliche Wirkung befreit worden sind[17]. Dem Bürgen des Wiedereingesetzten kommt die Wiedereinsetzung dann zu Gute, wenn er sich nicht mit Rücksicht gerade auf das Wiedereinsetzungsverhältniß verbürgt hat[18].

Viertes Kapitel.

Ausübung, Verletzung, Schutz der Rechte.

I. Ausübung der Rechte*.

§ 121.

Bisher sind die Rechte nur von der Seite ihres Daseins betrachtet worden, nicht von der Seite ihrer Thätigkeit. Ihre Bestimmung ist aber die Thätigkeit, nicht die Ruhe. Es ist ihre Bestimmung, den ihnen gemäßen Zustand hervorzurufen. Indem der Berechtigte den seinem Rechte entsprechenden Zustand kraft seines Rechtes verwirklicht, übt er dasselbe aus[1].

In Betreff der Ausübung der Rechte ist Folgendes zu bemerken.

[16] L. 24 § 4 l. 27 § 1 l. 40 § 1 l. 47 § 1 D. de min. 4. 4, l. 1 pr. § 2 C. de reput. 2. 47 [48].

[17] L. 50 D. de min. 4. 4, l. 48 § 1 i. f. D. de fidei. 46. 1, l. 1 § 1 C. de reput. 2. 47 [48]; l. 20 pr. D. de tutelae 27. 3.

[18] L. 13 pr. D. de min. 4. 4, l. 95 § 3 D. de solut. 46. 3 (*vv.* sine contemplatione iuris praetorii), Paul. sentent. I. 9 § 6; l. 3 § 4 D. de min. 4. 4, l. 51 pr. D. de proc. 3. 3; l. 7 § 1 D. de except. 44. 1, l. 1. 2 C. de fidei. min. 2. 23 [24]. Burchardi S. 569 fg., Savigny S. 217—222, Pangerow § 183 Anm. 1, Spaltenstein S. 112 fg. Vgl. Seuff. Arch. IX. 5.

* Wächter I § 33. Württ. Privatr. II § 32, Unger I § 68, Sintenis I § 27.

§ 121. [1] Vgl. § 149 Note 5.

Es gibt Rechte, welche in der Ausübung zu Grunde gehen, andere, deren Bestand durch die Ausübung nicht afficirt wird[1a].

Die Ausübung eines Rechts ist deßwegen nicht widerrechtlich, weil dadurch ein Anderer Schaden hat[2]; nur das ist unerlaubt, ein Recht lediglich zu dem Ende auszuüben, um dadurch einem Andern zu schaden[3].

Im Besonderen ist die Ausübung eines Rechts deßwegen nicht widerrechtlich, weil dadurch die Ausübung des Rechts eines Andern unmöglich gemacht, oder das Recht eines Andern zerstört wird[4.5], es müßte denn das Recht des Andern einen rechtlichen

---

[1a] Von der letzteren Art sind die dinglichen Rechte, von der ersteren die Forderungsrechte und überhaupt die Ansprüche, mit Ausnahme jedoch der auf ein dauerndes (positives oder negatives) Verhalten gerichteten.

[2] Man pflegt zu sagen: qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam. Der Grundsatz ist anerkannt in l. 55. 151. 155 § 1 D. de R. I. 50. 17. Anwendungen in l. 9 D. de S. P. U. 8. 2, l. 24 § 12 l. 26 D. de damno inf. 39. 2, l. 1 § 11. 21 l. 21 D. de aqua et aquae 39. 3. Seuff. Arch. XXIII. 205, XXIX. 119, XXXIII. 2.

[3] Lediglich zu dem Ende, um einem Andern zu schaden. Es wird also vorausgesetzt, daß der Berechtigte an der Ausübung seines Rechts kein irgendwelches anderes Interesse habe. Es ist natürlich nicht an ihm, ein solches Interesse darzuthun; der Gegner muß ihm die Abwesenheit desselben nachweisen, und dieser Beweis ist sehr schwer zu führen. Deßwegen ist die ganze Bestimmung nicht sehr praktisch; man geht aber auf der anderen Seite zu weit, wenn man auch mit dieser Maßgabe ihre Allgemeingültigkeit bestreitet (so namentlich Wächter I S. 169. Württ. Privatr. II S. 194, Unger I S. 616, Werenberg und Jhering in Jahrb. f. Dogm. VI S. 34. 104—106, Rewoldt Gruchot's Beiträge XXIV S. 677 fg., s. auch die Citate bei Vangerow I S. 297 Anm. Nr. 1; eine Mittelmeinung bei Sintenis I S. 234), und sie auf die speciellen Fälle, in welchen sie in den Quellen erwähnt wird, beschränken will. Die betreffenden Stellen (l. 38 D. de R. V. 6. 1, l. 1 § 12 l. 2 § 5. 9 D. de aqua et aquae 39. 3, vgl. l. 3 pr. D. de op. publ. 50. 10) enthalten keine Andeutung von einer solchen Beschränkung; sie wollen offenbar ein Princip anwenden. Vgl. A. Pernice zur Lehre von den Sachbeschädigungen S. 44. 45; derf. Labeo II S. 13 fg. Auch Seuff. Arch. X. 222, XXXI. 117. 118, XXXII. 204, XXXV. 273, XXXVII. 292; anders XXI. 192, vgl. XXXI. 118. S. noch Blätter f. RAnwend. Ergänz.-Bd. zum 31. u. 32. Jahrg. S. 308 fg. A. L. R. II. 20 § 516.

[4] Man spricht in diesen Fällen von Collision der Rechte. Ueber diese Lehre sind zu vergleichen: Thibaut Versuche II. 14 (1798, 2. Aufl. 1817). Hufeland Geist des röm. Rechts II. 7 (1817). Stahl über die Collision und den Vorzug des Besonderen vor dem Allgemeinen im Rechte (1826).

Vorzug genießen[6]. In besonderen Fällen tritt bei einer solchen Collision eines Rechts mit einem andern Rechte Theilung des Genusses[7], oder Entscheidung durch das Loos ein[8].

Die Ausübung eines Rechts kann beeinträchtigend auch auf ein anderes Recht des nämlichen Berechtigten wirken. Dieß ist bei Ansprüchen der Fall, wenn sie auf Dasselbe gehen; es kann dann nicht für jeden Anspruch Befriedigung begehrt werden, sondern die Befriedigung des einen ist auch die Befriedigung des andern[9]. Auf Dasselbe gehen aber zwei Ansprüche dann, wenn

---

Kierulff I S. 230—240, Wächter I § 96. Württemb. Privatr. II § 76, Böcking I § 128, Unger I § 70. Vgl. auch Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 312 fg.

[5] Der Gläubiger thut nicht Unrecht, wenn er durch die Eintreibung seiner Forderung dem Schuldner die Mittel zur Befriedigung anderer Gläubiger nimmt. Der Correalgläubiger kann deßwegen nicht weniger seine Forderung geltend machen, weil er dadurch den andern Correalgläubiger seiner Forderung beraubt. Es gilt in diesen Fällen der Grundsatz: occupantis oder possidentis melior est condicio. Vgl. l. 6 § 7 l. 24 D. quae in fr. cred. 42. 8; l. 2 D. de duob. reis 45. 2; l. 9 § 4 D. de Publ. act. 6. 2; l. 10 D. de pign. 20. 1; l. 32 D. de proc. 3. 3; l. 33. 126 § 2 l. 128 pr. D. de R. I. 50. 17, c. 65 de R. I. in VI° 5. 13. In dem Falle, wo durch die Ausübung eines Anspruchs die Ausübung eines andern unmöglich gemacht wird, geht schon derjenige vor, welcher zuerst ein Urtheil erlangt hat, l. 14 pr. D. de nox. act. 9. 4, l. 10 D. de pec. 15. 1, l. 3 § 10 l. 4 D. de in rem verso 15. 3.

[6] Widerrechtlich ist es daher z. B. allerdings, wenn ein Weideberechtigter so viel Vieh auf die Weide treibt, daß dadurch die Ausübung einer früher bestellten Weidegerechtigkeit geschmälert wird.

[7] Namentlich bei dem Concurse, so weit sich bei demselben nicht der Vorzug der dinglichen Rechte vor den persönlichen, und der Forderungsprivilegien geltend macht.

[8] L. 5 D. fam. erc. 10. 2, vgl. l. 14 D. de iud. 5. 1, l. 24 § 17 D. de fideic. lib. 40. 5. L. 3 C. comm. de leg. 6. 43 gehört nicht hierher; wenn mehrere Vermächtnißnehmer, welche sich einen Gegenstand aussuchen sollen, sich über die Wahl nicht vereinigen können, so liegt nicht eine Collision von Rechten vor, sondern an und für sich eine Hinfälligkeit des Vermächtnisses wegen Nichterfüllung seiner Bedingung; an die Stelle dieser Hinfälligkeit hat Justinian die Aushülfe durch das Loos gesetzt.

[9] „Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur", l. 57 D. de R. I 50. 17; vgl. l. 43 § 1 eod., l. 41 § 1 D. de O. et A. 44. 7. So hat der bestohlene Eigenthümer einen Anspruch auf Herausgabe der gestohlenen Sache 1) aus dem Diebstahl, 2) aus seinem Eigenthum, 3) möglicherweise aus einem Contractsverhältnisse, in welchem er mit dem Diebe steht: aber er kann nicht

der durch sie zu erreichende Zweck derselbe ist[10]. Identität des verpflichteten Subjects ist dabei nicht erforderlich[11].

---

deßwegen die Sache mehr als einmal fordern, l. 9 § 1 D. de furtis 47. 2, l. 45. 47 pr. D. pro socio 17. 2, l. 2 § 1 D. de tutelae 27. 3, l. 34 § 1. 2 D. de O. et A. 44. 7. Andere Anwendungen in: l. 13 D. de R. V. 6. 1, l. 36 § 2 D. de H. P. 5. 3, l. 18 l. 27 § 11 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 7 § 1 D. commod. 13. 6, l. 47 § 1 l. 50 D. pro socio 17. 2, l. 43 D. loc. 19. 2; l. 2 § 3 D. de priv. del. 47. 1, l. 14 § 13 D. quod met. causa 4. 2; l. 35 § 1 D. loc. 19. 2, l. 38 § 1 D. pro socio 17. 2; l. 28 D. de A. E. V. 19. 1; l. 1 § 12 D. de dote prael. 33. 4. — Die herrschende Auffassung spricht hier vom Untergang der „Klagen" durch „Concurrenz", obgleich zugestanden wird, daß das, was untergeht, nicht die Befugniß zur gerichtlichen Verfolgung des Anspruchs sei, sondern der Anspruch selbst, daß auch der Untergang nicht durch das bloße Zusammentreffen zweier Ansprüche (Klagen) bewirkt werde, sondern durch die Befriedigung des einen. Daß man vom Untergange der Klagen, statt von dem Untergange der Ansprüche, redet, hat auch hier seine Veranlassung in der Auffassung der Römer, nach welcher sich der Anspruch als actio darstellt. Vgl. Windscheid die Actio ꝛc. ꝛc. S. 31 fg. mit Kierulff S. 241—268, Savigny V § 231—236, Wächter I S. 492 fg. Württemb. Privatr. II § 67, Brinz I § 40, Unger II § 117. Unter den besonderen Bearbeitungen dieses Gegenstandes ist die neueste und beste die von Merkel, über den Concurs der Actionen nach römischem Privatrecht (1877), darüber Brinz krit. VJSchr. XX S. 161 fg. S. außerdem Kleinschrod zur Lehre von der Concurrenz der Klagen (Habilitationsschrift 1849), Martens über Concurrenz und Collision der röm. Civilklagen (1856, wenig empfehlenswerth).

[10] Diese Formel, gegen welche ich mich früher erklärt habe (an dem in der vor. Note angeführten Orte) erscheint unter den bisher vorgeschlagenen immer noch als die beste. Es kommt nicht auf den Inhalt der Willensbestimmung an, auf welche der Anspruch geht, sondern auf den Zweck, welcher durch dieselbe erreicht werden soll. Der Anspruch auf Verschaffung einer bestimmten individuellen Sache, welcher Jemandem aus einem Kaufe zusteht, wird durch die Befriedigung des Anspruchs, welchen er auf Verschaffung derselben Sache aus einer Schenkung hat, nicht beseitigt; die Verschaffung hat im ersten Fall den Zweck, ihm ein Aequivalent für das von ihm gezahlte oder zu zahlende Kaufgeld zu geben, im zweiten, ihm eine Liberalität zu erweisen. Dagegen hat der Anspruch auf Herausgabe des Besitzes einer Sache denselben Zweck, mag er auf Grund des Eigenthums oder auf Grund eines Vertragsverhältnisses, z. B. eines Hinterlegungsvertrages, erhoben werden; im ersten Falle geht zwar der Anspruch zunächst auf Herstellung des dem Eigenthumsrechte entsprechenden Verhältnisses, im zweiten auf Erfüllung eines Versprechens, aber der Zweck beider Leistungen ist kein anderer, als der, daß der Berechtigte die Sache besitze. So haben ferner Ansprüche auf Ersatz eines bestimmten Schadens denselben Zweck, mögen sie auf die Delictsnatur der

Die Ausübung eines Rechts läßt regelmäßig Stellvertretung zu; es gibt aber auch Rechte, welche durch Stellvertreter nicht ausgeübt werden können[12]. Wo Stellvertretung zulässig ist, kann die Ausübung eines Rechts einem Andern auch zu seinem eigenen Nutzen überlassen werden. Dieß ist in doppelter Weise möglich. Entweder so, daß der Berechtigte nur verpflichtet ist, die an und für sich ihm zustehende Ausübung seines Rechts einem Andern zu gestatten, oder so, daß der Andere ein eigenes, folglich auch gegen Dritte geltend zu machendes, Recht zur Ausübung des fremden Rechts hat. In diesem letzteren Falle ist das fremde Recht seinerseits Gegenstand eines Rechts, oder wird doch als solcher gedacht. Vgl. § 48a[13].

II. Rechtsverletzung.

§ 122.

Verletzt ist ein Recht, wenn demselben der thatsächliche Zustand, ohne daß der Berechtigte seine Zustimmung dazu gegeben

schadenden Handlung, oder auf eine Vertragspflicht gegründet werden. Keller (§ 83) will Alles auf die Identität der begründenden Thatsache bei Mehrheit der für dieselbe zutreffenden rechtlichen Gesichtspunkte gestellt wissen; aber wie paßt das z. B. auf rei vindicatio und actio commodati? Vgl. jetzt Merkel S. 81 fg. Auch Hartmann die Obligation S. 66 fg. — Ueber die specielle Frage, ob die mehreren Ansprüche auf Strafe, welche aus einer mehrere Strafgesetze verletzenden Handlung entstehen, auf Dasselbe (Strafe) gehen, oder nicht auf Dasselbe (Strafen), s. II § 326 Note 8. 9.

[11] L. 5 § 15 D. comm. 13. 6, l. 1 § 43 D. dep. 16. 3, l. 1 § 10 l. 2—4 D. de his qui eff. 9. 3, l. 14 § 15 D. quod met. c. 4. 2, l. 17 pr. D. de dolo 4. 3. — Was Bülow Lehre von den Proceßeinreden S. 208 fg. als „Ergänzung" der Lehre von der Klagenconcurrenz behandelt wissen will, die exceptio praeiudicii (III § 616 Ziff. 1, l. 1. 16 D. de exc. 44. 1), beruht auf einem andern Gedankenzusammenhang. Mit dieser Einrede wird nicht die Befriedigung eines Anspruchs wegen Befriedigung eines andern abgelehnt, sondern es wird verlangt, daß ein zwischen den Parteien bestehender Streitpunkt nicht bei Gelegenheit des Streites über einen andern Punkt zur processualischen Erledigung gebracht werde.

[12] Zu allgemein c. 68 de R. I. in VI° 5. 13. „Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum".

[13] Dieses Verhältniß, welches nicht immer gehörig erkannt, oder doch nicht gehörig hervorgehoben wird, findet namentlich statt bei der Veräußerung des Nießbrauchs und (nach römischem Rechte) der Forderungsrechte, und bei der Verpfändung unkörperlicher Sachen. S. diese Lehren (I § 206. 239, II § 329.

hat, nicht entspricht; eine Rechtsverletzung begeht derjenige, durch welchen der thatsächliche Zustand ohne Zustimmung des Berechtigten ein dem Rechte nicht entsprechender ist. Je nachdem das Recht (der Anspruch) auf ein Thun oder Nichtthun geht, besteht die Rechtsverletzung in einem Nichtthun oder Thun[1]. Daß der Berechtigte den Willen von seinem Rechte Gebrauch zu machen besonders an den Tag gelegt habe, ist Bedingung der Rechtsverletzung nicht[2].

Die Rechtsverletzung kann eine dauernde oder eine vorübergehende sein[2a]. Ist sie eine dauernde, so erzeugt sie einen Anspruch auf Wiederaufhebung der Verletzung (des verletzenden Zustandes). Dieser Anspruch kann in seinem praktischen Gehalt möglicherweise mit dem verletzten Rechte ganz zusammenfallen, möglicherweise kann sein praktischer Gehalt ein anderer oder ein weitergehender sein[3]. Ist die Rechtsverletzung eine vorübergehende,

---

[1] Beispiele: Jemand entzieht dem Eigenthümer den Besitz seiner Sache; auf einem Grundstück, welches mit einer das Bauen verbietenden Dienstbarkeit belastet ist, wird ein Gebäude errichtet; der Schuldner befriedigt einen Gläubiger zur Verfallzeit nicht. § 122.

[2] Es kann aber die Erklärung des Berechtigten, von seinem Recht Gebrauch machen zu wollen, zur Rechtsverletzung insofern erforderlich sein, als erst durch diese Erklärung bewirkt wird, daß ein dem Recht nicht entsprechender thatsächlicher Zustand vorhanden sei. Dieß ist der Fall bei Ansprüchen, welche auf ein Thun des Verpflichteten gehen, ohne die Zeit des Thuns zu bestimmen. Die dadurch gegebene Unbestimmtheit kann durch eine Erklärung des Berechtigten, daß er gerade jetzt Leistung verlange, ausgefüllt werden; bis sie in dieser Weise ausgefüllt ist, kommt sie dem Verpflichteten zu Gute, und es ist bis dahin nicht wahr, daß der Verpflichtete sich nicht verhält, wie der Anspruch von ihm verlangt, eben weil der Anspruch nur auf Thun überhaupt, nicht auf sofortiges Thun geht. Vgl. über den Begriff der Rechtsverletzung namentlich Unger II § 109; auch Demelius Untersuchungen S. 146 fg. (dawider Unger a. a. O. Note 11).

[2a] Besitz einer fremden Sache, Nichtbefriedigung des Gläubigers; Vernichtung oder Beschädigung einer fremden Sache.

[3] Der Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner, welcher ihn nicht zur rechten Zeit befriedigt hat, geht, wenn der Schuldner nicht in Verzug ist, genau auf Dasselbe, wie das Recht oder der Anspruch, der vor der Nichtbefriedigung vorhanden war; er geht auf Befriedigung. Ist der Schuldner in Verzug, so geht der Anspruch auf Befriedigung und Leistung des Interesse wegen der zu späten Befriedigung. Der Anspruch des Eigenthümers gegen denjenigen, der ihm seine Sache vorenthält, geht auf etwas Anderes, als

so kann sie bloß einen Anspruch auf Wiederaufhebung der Folgen der Verletzung erzeugen, und sie thut dieß nur dann, wenn den Verletzer eine Schuld trifft[4].

Erfolgt die Wiederaufhebung der Rechtsverletzung oder ihrer Folgen nicht, so darf sich der Verletzte nicht durch Handlungen, welche an und für sich unerlaubt sind, zu dem ihm Gebührenden verhelfen, er muß sich vielmehr klagend an den Staat wenden und diesen um Hülfe angehen. Das Recht zu klagen[5] setzt jedoch ferner voraus, daß in oder nach der Rechtsverletzung ein Widerstreben des Verletzenden gegen den berechtigten Willen zu Tage getreten sei. Ist dieß nicht der Fall, und der Verletzer erklärt sich auf die Klage sofort bereit, den Kläger zu befriedigen, so wird zwar ein Urtheil gegen den Beklagten erlassen[5a], aber dieses Urtheil hat lediglich declaratorische Bedeutung, und daß dem Kläger kein Klagerecht zustand, zeigt sich darin, daß demselben die Proceßkosten zur Last gelegt werden[6].

---

das verletzte dingliche Recht; dieses hat zum Inhalt, daß Niemand gegen den Willen des Berechtigten auf die Sache eingreife, jener Anspruch enthält eine Forderung gegen die Person des Besitzers auf Herausgabe der Sache und die damit zusammenhängenden Leistungen.

[4] Vgl. hierzu Reuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 162 fg. Jhering das Schuldmoment im röm. Privatrecht S. 4—8. Thon Rechtsnorm und subjectives Recht S. 9 fg.

[5] Das Klagerecht in diesem Sinne ist ein Recht gegen den Staat. Man kann unter Klagerecht aber auch ein Recht gegen den Gegner verstehen, die Befugniß, durch Klage zu verfolgen, was man von ihm in Anspruch nimmt. Vgl. Windscheid die Actio, Abwehr ꝛc. ꝛc. § 11. 12.

[5a] CPO. § 278.

[6] CPO. § 89. Die entgegengesetzte Auffassung des OG. zu Wolfenbüttel bei Seuff. Arch. XXXI. 5 beruht auf einer Verwechslung zwischen Klagerecht und Anspruch (vgl. § 107 Note 5). A. M. auch Thon Rechtsnorm und subjectives Recht S. 257 fg. — Wenn die Römer dem Berechtigten „actio" auch ohne Widerstreben des Verletzenden, ja ohne Rechtsverletzung, zuschreiben, so erklärt sich dieß daraus, daß sie als actio den rechtlich anerkannten Anspruch überhaupt bezeichnen, daß für sie „Gerichtsanspruch" der Ausdruck ist für „Rechtsanspruch" (§ 44). Indem die Neueren dieß weniger verkennen, als nicht genügend beachten, nehmen sie auch für das heutige Recht ein concret begründetes Klagerecht (im Gegensatz des abstracten oder eventuellen; gegen diesen Begriff mit unzureichenden Gründen Bekker Jahrb. d. gem. R. IV S. 178 fg., s. auch dens. Zeitschr. f. RGesch. IX S. 381 Note 2) wenigstens sofort nach der Rechtsverletzung an, theilweise auch schon bei Nichtbefrie-

Der Staat gewährt Rechtshülfe nicht auf einseitiges Anrufen des Klägers; er hört vorerst den Beklagten. Behauptet dieser, daß das Recht auf seiner Seite und nicht auf der des Klägers sei, so tritt darüber eine Verhandlung ein. Das aus dieser Verhandlung sich ergebende Resultat wird in einem Urtheile zusammengefaßt, und wenn dasselbe dem Kläger günstig ist, wird es gegen den auch jetzt noch widerspenstigen Beklagten durch Zwang vollstreckt[7].

Die Organe, durch welche der Staat zum Zwecke der Realisirung der Rechtshülfe thätig wird, sind die Gerichte. Die Gesammtheit der zur Erreichung dieses Zweckes erforderlichen Acte ist der Proceß. Der Proceß muß sich nach gewissen Regeln be-

---

digtheit des Forderungsrechts, die dann aber auch wohl mit der Rechtsverletzung identificirt wird. Vgl. über die verschiedenen Ansichten, die sehr aus- und durcheinander gehen: Hasse d. J. Rhein. Mus. VI S. 1 fg., G. Thon Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 36 fg., Kierulff I § 9. 11, Savigny V § 205. 239, Sintenis I § 29. 31, Puchta § 81. 90 und Vorl. dazu, Wächter I S. 203. Württ. Privatr. II S. 413. 807, Vangerow Arch. f. civ. Pr. XXXIII S. 295 fg. und Pand. I § 147 Anm., Böcking § 131. a, Demelius Untersuch. Nr. 2, Arndts § 96. 107, Brinz § 48 (2. Aufl. § 79. 92. 92a), Unger II § 113. 116, Neuner (Note 4) S. 158 fg., Bruns in von Holtzendorff's Encyclop. I S. 284 (4. Aufl. S. 425) fg., Thon Rechtsnorm und subjectives Recht S. 223 fg. S. auch oben § 44. In der neueren Zeit macht sich mit Lebhaftigkeit eine Ansicht geltend, welche das Klagerecht gar nicht mehr als Entwickelung des materiellen Rechts, sondern als rein processualisches Gebilde ansieht. Diese Auffassung wird vertreten von Degenkolb in seiner Schrift Einlassungszwang und Urtheilsnorm (Leipzig 1877) und nach ihm von Sohm Grünhut's Zeitschr. IV S. 464 fg. Vgl. dawider Wach das. VI S. 515 fg. Für dieselbe Ansicht neuestens Plosz Beiträge zur Theorie des Klagerechts, Leipzig 1880, welcher Schriftsteller freilich doch wieder ein „privatrechtliches Klagerecht" von dem „processualen Klagerecht" ausscheidet. Vgl. über diese Schrift Baron kr. VJSchr. XXIV S. 317 fg.

[7] Möglicherweise kann das Gericht bloß zu dem Ende angerufen werden, um einen zwischen den Parteien streitigen Punkt festzustellen. Auch in diesem Fall wird der Ausdruck Klage gebraucht (CPO. § 231), obgleich hier Hülfe gegen eine erlittene Rechtsverletzung nicht begehrt wird. Besser paßt der römische Ausdruck actio (actio praeiudicialis), insofern actio zunächst gerichtliche Verfolgung im Allgemeinen bezeichnet. — Von noch anderer Art ist die Anrufung des Gerichts zu dem Ende, daß es eine eingetretene rechtliche Wirkung wieder aufhebe (in integrum restitutio, querela inofficiosi testamenti). Für diesen Fall ist der Ausdruck Klage heutzutage nicht durchweg üblich; bei der Wiedereinsetzung spricht man von Imploration.

wegen; davon ist hier nicht zu reden. Der Proceß hat aber auch Wirkungen nach der Seite des materiellen Rechts; diese Wirkungen gehören hierher (§ 124—132). Nur Eine Lehre des Processes gibt es, welche aus einem unten anzugebenden Grunde hier nicht ganz übergangen werden kann, die Lehre vom Beweise (§ 133).

Vor allem Diesem ist noch näher von der Selbsthülfe zu handeln.

III. Selbsthülfe*.

§ 123.

Man darf nicht den Satz aufstellen, daß die Selbsthülfe als solche unerlaubt sei, d. h. daß eine an und für sich erlaubte oder nicht unerlaubte Handlung dadurch zu einer unerlaubten werde, daß sie zum Zwecke der Selbsthülfe vorgenommen wird[1]. Sondern

---

* Linde Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 392 fg. (1828). Benfey Rhein. Mus. VII S. 1 fg. (1835). Sartorius Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 1 fg. (1845). Schwarze RLex. X S. 125 fg. (1856). J. Schmitt die Selbsthülfe im röm. Privatrecht (1868). Vangerow I § 133, Wächter II § 61, Unger II § 111.

§ 123. [1] Anders frühere Ausgaben dieses Lehrbuchs, mit Vielen, so namentlich Böcking I § 129, Unger II § 111, Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI S. 78; dagegen Puchta § 80 und Vorles. dazu, Benfey S. 1, Schmitt S. 173 fg., s. auch Briegleb summar. Processe S. 182 fg. 370 fg.; aus der neueren Zeit dagegen, sehr energisch, Wendt das Faustrecht, oder Besitzvertheidigung und Besitzverfolgung, Jena 1883. (Vgl. über diese Schrift Exner krit. VJSchr. XXVI S. 56 fg.) In der That läßt sich der Satz, daß die Selbsthülfe an sich unerlaubt sei, aus den Quellen des gemeinen Rechts nicht rechtfertigen (allgemeine Gründe entscheiden nicht, obgleich auch sie eher gegen ein allgemeines Verbot der Selbsthülfe sprechen, als dafür, wie denn namentlich im deutschen Reichsstrafgesetzbuch ein solches Verbot nicht enthalten ist). In früheren Ausgaben dieses Lehrbuchs war angeführt l. 9 C. sol. matr. 5. 18 und zur Unterstützung l 176 pr. D. de R. I. 50. 17. Aber die letzte Stelle redet zu unbestimmt, und die erste setzt Eigenthums-, wahrscheinlich auch Besitzverletzung voraus. Mehr Gewicht scheinen l. 13 D. quod met. causa 4. 2 und l. 7 D. ad leg. Iul. de vi priv. 48. 7 zu haben, in welchen Stellen allgemein für „vis" erklärt wird, „quotiens quis, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit". Aber diese Worte bilden nur die Motivirung der in der genannten Stelle wirklich enthaltenen Bestimmung, und diese Bestimmung geht nicht auf Selbsthülfe als solche, sondern auf einen bestimmten einzelnen Fall der Selbsthülfe; es ist nicht glaublich, daß die Motivirung einen weiter gehenden Sinn haben sollte, als die Bestimmung selbst. Zu bedenken ist auch, zu welcher Consequenz man nothwendig gelangt, wenn man die Selbsthülfe als solche für unerlaubt erklärt. Diese Consequenz ist

von Unerlaubtheit der Selbsthülfe darf nur in dem Sinne geredet werden, daß eine an und für sich nicht erlaubte Handlung dadurch nicht zu einer erlaubten wird, daß sie den Zweck der Selbsthülfe verfolgt[2]. Bloß gewisse Fälle der Selbsthülfe hat das römische Recht mit Strafe bedroht. Der Gläubiger, welcher zum Zweck seiner Befriedigung Sachen seines Schuldners wider dessen Willen und ohne richterliche Erlaubniß wegnimmt oder den Schuldner zur Hingabe von solchen Sachen nöthigt, verliert sein Forderungsrecht zu Gunsten des Schuldners[3]; ebenso verliert

---

der schrankenlose Satz, daß jede Gestaltung der Außenwelt gegen meinen Willen bloß deßwegen, weil sie gegen meinen Willen herbeigeführt worden ist, auf mein Verlangen rückgängig gemacht werden muß. Denn was mir gewährt wird gegenüber demjenigen, welcher das Recht für sich in Anspruch nimmt, wird mir nicht versagt werden dürfen gegenüber demjenigen, der nicht einmal dieses thut. — Nach dem hier Ausgeführten kann namentlich dem Pächter, welcher von seinem Verpächter auf dem Wege der Selbsthülfe des Besitzes entsetzt worden ist, ein Restitutionsanspruch aus der Selbsthülfe nicht zugestanden werden. Anders das OAG. zu Rostock bei Budde und Schmidt Entscheidungen ꝛc. VI S. 75 fg. und Mecklenb. Zeitschr. f. RPflege u. RWissensch. I S. 1 fg., ebenso das frühere OAG. zu Wiesbaden bei Seuff. Arch. X. 5. Dazu Wendt a. a. O. S. 7 fg. 42 fg. 176 fg. S. auch Entsch. des RG. in Strafsachen IX S. 58.

[2] Vgl. l. 29 § 1 D. ad leg. Aquil. 9. 2. Anders wenn die Handlung zum Zweck der Selbstvertheidigung vorgenommen wird. L. 1 § 4 l. 3 D. de I. et I. 1. 1, l. 4 pr. l. 29 § 1 l. 45 § 4 D. ad leg. Aquil. 9. 2, l. 1 § 27. 28 l. 3 § 9 l. 17 D. de vi 43. 16, l. 1 C. quando liceat 3. 27, l. 1 C. unde vi 8. 4, c. 18 X. de homic. 5. 12. Vgl. l. 29 § 3 l. 49 § 1 D. ad leg. Aquil. 9. 2, l. 7 § 4 D. quod vi 43. 24, l. 3 § 7 D. de incend. 47. 9. Wendt a. a. S. S. 59 fg.

[3] Dieser Satz beruht auf einer Entscheidung des Kaisers Marc Aurel, und ist daher bekannt unter dem Namen des decretum D. Marci. Er kommt in den Quellen zweimal vor, in einer engeren und in einer weiteren Gestalt (in der letzteren ist hinzugekommen die Erwähnung des Zwanges), l. 7 D. ad leg. Iul. de vi privata 48. 7, l. 13 D. quod metus causa 4. 2, l. 12 § 2 eod. Einzelnes. a) Sache des Schuldners. Schmitt S. 110 fg. Seuff. Arch. XXXI. 8. Daß im Sinn des decretum zu den Sachen des Schuldners alle Sachen gezählt werden müssen, an deren Behalten der Schuldner ein rechtliches Interesse hat, wie mit Benfey S. 22 fg. in früheren Ausgaben dieses Lehrbuchs arg. l. 2 § 22 D. vi bon. rapt. 47. 8 behauptet worden war, möchte ich nicht mehr wahr halten; der Schluß vom Raub auf mildere Formen der Eigenmacht ist nicht gerechtfertigt. Durch die Novellengesetzgebung ist aber die Bestimmung des decretum auf den Fall ausgedehnt worden, wo der Gläubiger sich an Sachen Dritter oder an den Kindern seines

der Eigenthümer, welcher seine in fremdem Besitz befindliche Sache dem Besitzer mit Gewalt wegnimmt, sein Eigenthumsrecht zu Gunsten des Besitzers[4]. Diese Strafen sind aber heutzutage nicht

Schuldners Recht zu verschaffen sucht. Nov. 52 c. 1, Nov. 134 c. 7; s. auch Nov. 60 pr. c. 1 pr. § 1. Schmitt S. 168 fg. b) Gewalt bei der Wegnahme ist nicht erforderlich. Schmitt S. 117 fg. Seuff. Arch. V. 248, vgl. X. 5. Budde und Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI. 31 Nr. 2. Dagegen reicht bloßer Versuch nicht hin. Schmitt S. 110. Seuff. Arch. XII. 4, XV. 97. c) Gegen die Erstreckung auf Geltendmachung von Rechten, die nicht Forderungsrechte sind: Seuff. Arch. XVI. 95, Budde u. Schmidt a. a. O. Nr. 7. d) Untergang ope exceptionis (Schmitt S. 130 fg.), aber vollständiger Untergang ohne Rückbleiben einer naturalis obligatio. Schmitt S. 124 fg. Das Gegentheil behaupten Benfey S. 14, Sartorius S. 44, Schwanert Naturalobligationen S. 474 auf Grund der l. 19 pr. D. de cond. ind. 12. 6. Allerdings heißt es hier ganz allgemein: „Si poenae causa eius, cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet". Aber die Anwendung solcher abstracter Aussprüche der Quellen auf Fälle, für welche ein besonderer Anhalt nicht vorliegt, erscheint äußerst bedenklich (man denke z. B. an das „errantis nulla voluntas est" [§ 78 Note 1a] und an l. 7. 8 D. de I. et F. I. 22. 6 [§ 79a Note 12]); der Verfasser jener Stelle hatte ohne Zweifel die Vorschrift des SC. Macedonianum im Auge. Vgl. II § 289 Note 22. Bei Obligationen aus zweiseitigen Verträgen entsteht die besondere Frage, ob der Schuldner, welcher durch die gegen ihn geübte Selbsthülfe frei geworden ist, die Gegenleistung fordern könne (Vangerow I § 133 Anm.), oder nicht (Burchardi Arch. f. civ. Pr. XVIII. 16). Man muß unterscheiden, ob die Selbsthülfe gerichtet war auf Leistung gegen Gegenleistung (z. B. auf Zahlung des Kaufpreises unter Anbietung des Kaufgegenstandes, wie in dem von Burchardi a. a. O. angeführten Fall), oder auf Leistung schlechthin (z. B. Zahlung des Kaufpreises). Im ersten Fall verliert der Gläubiger auch nur das Recht auf Leistung gegen Gegenleistung, d. h. der Schuldner ist zwar an den Vertrag nicht mehr gebunden, aber er kann aus demselben nicht fordern, ohne seinerseits zu leisten; im zweiten Fall verliert der Gläubiger das Recht auf Leistung schlechthin, d. h. der Schuldner braucht aus dem Vertrage nicht zu leisten, und kann doch aus demselben fordern, bez. behalten was er bereits erlangt hat. Diese Unterscheidung ist zwar in l. 50 D. de A. E. V. 19. 1 nicht gemacht; aber es ist auch eine unbewiesene Annahme, daß diese Stelle sich auf die Strafe der Selbsthülfe beziehe oder mitbeziehe. Vgl. II § 321 Note 16.

[4] Dieser Satz beruht auf einer Constitution vom Jahr 389, l. 7 C. unde vi 8. 4. Vgl. § 1 I. vi bon. rapt. 4. 2, § 6 I. de interd. 4. 15; c. 18 de praeb. in VI° 3. 4, R. G. O. 1521 Tit. 32 § 2, R. A. 1532 Tit. 3 § 15. Seuff. Arch IX. 158. Ist der Wegnehmende nicht Eigenthümer, so wird er um den Werth der Sache gestraft. L. 7 cit. — Einzelnes. a) Unter Besitz ist juristischer Besitz zu verstehen, wenn auch die Ansicht Savigny's, daß

mehr praktisch; sie sind durch das Reichsstrafgesetzbuch beseitigt[4a]. Doch läßt sich von den erwähnten Bestimmungen des römischen Rechts noch insofern Gebrauch machen, als aus denselben für die in ihnen enthaltenen Fälle ein Ersatzanspruch hergeleitet werden kann[5].

---

die l. 7 C. cit. einfach eine Erstreckung des interd. unde vi auf bewegliche Sachen enthalte, nicht zu billigen ist (s. hierüber § 160 Note 4). Bruns Besitz S. 76. 77, Budde u. Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI S. 82. A. M. Linde a. a. O. S. 420, Schmitt S. 161 fg. Wendt a. a. O. S. 30 hält Detention für hinreichend gegenüber Dritten (wenn die Wegnahme nicht durch den Eigenthümer erfolgt, welcher die Detention eingeräumt hat, sondern durch einen Dritten, welcher sich Eigenthumsrecht beilegt). b) Gewaltsame Wegnahme: Schmitt S. 156. Seuff. Arch. IX. 198. c) Der Wegnahme gleichgestellt worden ist der Fall, wo derjenige, dem eine Sache vom Eigenthümer vermiethet oder vergünstigungsweise hingegeben worden ist, ihre Rückgabe verweigert, l. 10 C. unde vi 8. 4, l. 34 C. loc. 4. 65.

[4a] Das Reichsstrafgesetzbuch bedroht, wie gesagt, die Selbsthülfe mit Strafe nicht, und nach dem Einführungsgesetz § 2 Abs. 1 schließt das Reichsstrafgesetzbuch das Landesstrafrecht so weit aus, als dasselbe Materien berührt, welche Gegenstand des Reichsstrafgesetzbuchs sind. Nun findet sich zwar in dem Reichsstrafgesetzbuch eine allgemeine die Selbsthülfe umfassende Rubrik nicht; aber dasselbe enthält eine Reihe von Bestimmungen (so z. B. § 113. 114. 123. 124. 137. 201. 240. 249. 303), durch welche die schwereren Formen der Eigenmacht unter Strafe gestellt werden; damit ist diese Materie geordnet. Vgl. Heinze das Verhältniß des Reichsstrafrechts zum Landesstrafrecht (Leipzig 1871) S. 36. 37, v. Bar krit. VJSchr. XIV S. 256. 268 fg. 429 fg. Man wird auch nicht sagen dürfen, daß unter „Landesstrafrecht" bloß die eine öffentliche Strafe verhängenden Bestimmungen zu verstehen seien; eine solche Auslegung wäre willkürlich. Uebereinstimmend Mandry S. 260, s. auch Wendt a. a. O. S. 49. 58, Dernburg I S. 258; a. M. Thon Rechtsnorm und subjectives Recht S. 33 fg. Für die hier vertheidigte Meinung jetzt auch RG. 22/2 84, Entscheid. XI S. 244 (= Seuff. Arch. XL. 3). Dawider Binding Handb. des Strafrechts I § 70 Note 8 (aber nur aus dem Grunde, weil die Verwirkung in Folge der Selbsthülfe nicht als Strafe gedacht sei). — Da übrigens in Betreff der heutigen Geltung der römischen Strafbestimmungen eine Meinungsverschiedenheit möglich ist und thatsächlich besteht, so sind dieselben in diesem Lehrbuch noch ausführlich dargestellt worden. Was die Geltung der römischen Bestimmungen in der Zeit vor dem Reichsstrafgesetzbuch angeht, vgl. Linde a. a. O. und die das. Citirten, Seuffert § 36 Note 5. 16. Seuff. Arch. V. 248, IX. 158, XII. 4, XVI. 191, XXXV. 176; I. 220; X. 5.

[5] Denn es bleibt immer übrig, daß die in den Bestimmungen bezeichneten Handlungen für unerlaubt erklärt sind. Vgl. § 160 Note 4. A. M. Mandry S. 296 Anm. 1.

Erlaubt ist die Selbsthülfe, wenn ohne dieselbe ein unwiederbringlicher Verlust entstehen würde[6], so wie nach deutschrechtlichen Grundsätzen soweit das s. g. Pfändungsrecht reicht[7,8]

IV. Einfluß des Processes auf die Gestaltung des materiellen Rechtsverhältnisses*.

A. Der Beginn des Processes**.

§ 124.

Schon der Beginn des Processes übt einen nicht unbedeutenden Einfluß auf die Gestaltung des materiellen Rechtsverhältnisses zwischen dem Kläger und dem Beklagten aus. Dieser Einfluß zeigt sich vorzugsweise in einer Steigerung des klägerischen Anspruchs. Hiervon wird in diesem § die Rede sein, von den anderen civilrechtlichen Wirkungen des Proceßbeginns im folgenden.

Die Steigerung des klägerischen Anspruchs macht sich geltend nach einer doppelten Richtung. Einmal wird durch den Proceßbeginn der Anspruch fähig gemacht, Einflüssen zu widerstehen, denen er sonst unterliegen würde; sodann erweitert sich sein Umfang. In der einen und der anderen Richtung ist jedoch die Steigerung des Anspruchs keine absolute, d. h. sie findet nur statt für diesen Proceß und die in demselben erfolgende Verurtheilung;

---

[6] L. 10 § 16 D. quae in fraud. cred. 42. 8. Vgl. Wendt S. 226.

[7] Das deutsche Rechtsbewußtsein war von jeher der Selbsthülfe weit weniger abgeneigt, als das römische; das genannte Pfändungsrecht ist das letzte Ueberbleibsel dieses Zuges. S. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Beseler § 55, Gerber § 68—71, Bluntschli § 102. 103, Stobbe I § 70, Roth I § 89. v. Meibom das deutsche Pfandrecht (1867) S. 190 fg. Stobbe krit. VJSchr. X S. 287—290.

[8] Ueber „vertragsmäßige Gewährung der Apprehensionsbefugniß" s. Wendt S. 227 fg., über die „Pfändungsclausel" dens. S. 244 fg.

* Keller über Litiscontestation und Urtheil nach classischem römischen Recht (1827). Wächter II § 71—73 und Erörterungen 3. Heft (1846). Buchka die Lehre vom Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverhältniß, 2 Bde. (1846. 1847). Savigny System Band VI (1846. 1847).

** Vgl. außer den zuvor citirten Schriftstellern: Keller röm. Civilproceß § 59—62, Rudorff röm. RGesch. II § 71. 79. 80, Bethmann-Hollweg röm. Civilproceß II § 102—104. III § 153; Kierulff S. 270—284, Vangerow I § 159. 160, Sintenis I § 33, Unger II § 127. 128; Wetzell Civilproceß § 14; Windscheid die Actio ꝛc. § 8. 9.

kommt es in diesem Processe zu einer Verurtheilung nicht, so ist der Anspruch für einen später etwa zu erhebenden Proceß nur so vorhanden, wie er vorhanden sein würde, wenn der Proceß gar nicht geführt worden wäre[1].

[1] Es liegt ungemein nahe, dieß so auszudrücken, daß man sagt, durch § 124.
den Beginn des Processes verwandle sich der klägerische Anspruch in einen Condemnationsanspruch, für den dann besondere Grundsätze maßgebend seien. Hiergegen ist aber Zweierlei zu erinnern. 1) Unter Condemnationsanspruch wird man nicht gut etwas Anderes verstehen können, als einen Anspruch auf Condemnation; einen Anspruch auf Condemnation hat aber der Kläger nicht gegen den Beklagten, sondern gegen den Richter, und die Einmischung dieses publicistischen, nicht privatrechtlichen, Begriffs ist verwirrend. Will man auch hiervon absehen, so ist doch jedenfalls 2) die Vorstellung abzuweisen, als erfolge die Condemnation des Beklagten, wenn sie erfolgt, nicht auf Grund des ursprünglichen, sondern auf Grund eines durch den Beginn des Processes neu entstandenen Anspruchs; der Beklagte wird verurtheilt, weil der von dem Kläger in den Proceß eingeführte Anspruch begründet ist, nicht weil durch den Proceß eine besondere Verpflichtung, sich verurtheilen zu lassen, für ihn entstanden wäre. Will man also eine Verwandlung annehmen, so hat man sich darunter nur eine solche zu denken, welche das Alte, indem sie es in seiner Substanz unberührt läßt, bloß ändert, nicht aber eine solche, in welcher das Alte durch Setzung eines Neuen aufgehoben wird. — Für das classische römische Recht war die Idee der Verwandlung in dem hier zurückgewiesenen Sinn durch folgenden Umstand noch näher gelegt. Nach classischem römischen Recht konnte ein Anspruch nicht zweimal den Gegenstand eines Processes bilden: de eadem re ne bis sit actio (Bekker prozessualische Consumption § 3. 4 und Aktionen des römischen Privatrechts I S. 334 fg., Krüger processualische Consumtion § 1, Kleinschrod processualische Consumtion § 1. 2, Rudorff röm. RGesch. II § 78 Note 1, Voigt ius naturale III S. 1075 fg., Pernice Parerga II S. 38). Wurde er in einem zweiten Processe geltend gemacht, so konnte, welches auch das Schicksal des ersten Processes gewesen sein mochte, der Beklagte sich in gewissen Fällen mit der einfachen Negation der Existenz des Anspruchs, in anderen mit einer Einrede (exceptio rei in iudicium deductae) vertheidigen (Gai. III. 180. 181, IV. 106—108.) Wer also über einen Anspruch Proceß erhoben hatte, erhielt aus demselben nur, was ihm in diesem Processe zugesprochen wurde, in jeder anderen Beziehung hatte er den Anspruch verloren; er hatte den Anspruch nur noch innerhalb dieses Processes, nicht mehr außerhalb desselben. Von da bis zu dem Satze: er habe den alten Anspruch gar nicht mehr, statt desselben nur noch den Proceß, das iudicium, den dem iudex ertheilten Condemnationsbefehl, war ein leicht zu machender Schritt, und so sehen wir denn auch im römischen Recht in der That die Vorstellung der Novation auftreten. Freilich auch nur die Vorstellung; Consequenzen werden daraus nicht gezogen. Vgl. Gai. III. 180, l. 29 D. de nov. 46. 2; auch l. 2 § 8 D. de H. v. A. V. 18. 4, Vat. fr. 263.

Die Steigerung des klägerischen Anspruchs, von welcher hier die Rede ist, hat ihren Grund hauptsächlich in folgender Betrachtung. Der Kläger, dessen Anspruch begründet ist, kann eigentlich verlangen, daß ihm sogleich zu dem Seinigen geholfen werde. Dieß ist aber wegen der durch den Widerspruch des Beklagten nothwendig gewordenen Verhandlung und richterlichen Prüfung nicht möglich; dieselbe nimmt immer eine gewisse, oft eine geraume Zeit in Anspruch. Soll dadurch der Kläger Nachtheil erleiden? Dieß erscheint unbillig, und so stellt sich als das Rechte dar, daß der Beklagte, wenn es zum Urtheil kommt, dem Kläger auf Alles verurtheilt werde, was derselbe gehabt haben würde, wenn er sogleich zur Zeit des erhobenen Processes befriedigt worden wäre. Das römische Recht spricht denn auch diesen Satz

---

Wenn die Quellen in dem Proceßbeginne sogar ein „contrahere" erblicken (l. 3 § 11 D. de pec. 15. 1, l. 22 D. de tutelae 27. 3), so muß man sich erinnern, in wie weitem und unbestimmtem Sinn sie diesen Ausdruck gebrauchen (vgl. l. 20 D. de iud. 6. 1, l. 1 D. de rel. 11. 7, l. 3 § 3 l. 4 D. quib. ex caus. 42. 4, l. 13 § 3 C. de iud. 3. 1, l. 41 D. de adm. 26. 7 [„dolo contraxit"!]. Fernere Quellenstellen bei Schloßmann der Vertrag S. 26 fg.) Nähere Ausführung des hier Gesagten in meiner Schrift über die Actio ꝛc. § 8. S. auch l. 83 § 1 D. de V. O. 45. 1. Die herrschende Ansicht nimmt es mit der bezeichneten Novationsidee mehr oder minder ernst. S. außer den oben citirten Schriften von Bekker, Krüger und Kleinschrod über die processualische Consumtion: Keller Litiscontest. § 8—14 und röm. Civilproceß § 60—62 (wozu zu bemerken ist Wach's Note 716a), Wächter Erörterungen III S. 3 fg., Buchka a. a. O. § 1—7, Savigny § 258, Bekker Aktionen II S. 177 fg. Neuestens Pernice Parerga II S. 48 fg. (S. 49: „Man streitet im Grunde nur darüber, ob die Juristen den Ausdruck [novatio] ernsthaft genommen oder lediglich als Denkfigur verwendet haben. Die letztere Auffassung scheint mir den Quellen mehr zu entsprechen"). Jedenfalls ist im Justinianischen Rechte die consumirende Wirkung des Proceßbeginnes abgestorben (l. 13 § 2. 5 C. de iud. 3. 1, l. 1 pr. C. de plus pet. 3. 10, § 11 [10] I. de exc. 4. 13, vgl. l. 73 § 1. 2 D. de iud. 5. 1, l. 27 § 1 D. de lib. causa 40. 12), obgleich nicht alle Spuren derselben aus der Compilation getilgt sind. Planck Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 11 fg., Savigny VI S. 25, Wächter Erörterungen III S. 35 fg., meine Schrift über die Actio ꝛc. S. 65. 66, Krüger a. a. O. S. 202 fg., Kleinschrod a. a. O. S. 117 fg., Bangerow I § 160 Anm., Sintenis I § 32 Anm. 6, Brinz 2. Aufl. I § 94. Doch ist auch dieß nicht unbestritten, Bekker a. a. O. S. 11 fg. (s. aber auch Aktionen I S. 351), Buchka a. a. O. II S. 1 fg. Wetzell Civilproc. § 14, Wieding der Justinianische Libellproceß S. 394 fg., Muther krit. VJSchr. IX S. 330—339; auch Kierulff S. 274 fg. Die auch heut-

wirklich aus[2], ist jedoch weit davon entfernt, denselben unbedingt durchzuführen. In der That würde eine unbedingte Durchführung dieses Satzes eine gleiche Unbilligkeit für den Beklagten enthalten, wie diejenige ist, gegen welche er den Kläger zu schützen bestimmt ist. Wenn es recht ist, daß der Kläger keinen Nachtheil davon habe, daß er den Proceß führen muß, ist es denn recht, daß der Beklagte einen Nachtheil davon habe, daß er sich gegen einen Anspruch vertheidigt, den er für unbegründet hält? Dieß führt zu folgender Vermittelung. Der Beklagte haftet auf das, was der Kläger bei sofortiger Befriedigung gehabt haben würde, nur: 1) wenn er sonst lediglich durch die Fortdauer des Processes einen Gewinn haben würde[3], 2) wenn ihn eine Schuld trifft. In letzterer Beziehung ist aber zu bemerken, daß gerade durch den Proceß eine Schuld begründet sein kann, welche ohne den Proceß nicht vorhanden sein würde. Und zwar gehört dahin ein Doppeltes. a) Der Beklagte, welcher von seinem Unrecht überzeugt ist und den Proceß dennoch führt, ist eben dadurch in Schuld, daß er den Proceß führt[4]. b) Der Beklagte, welcher von seinem Rechte überzeugt ist, muß nach dem Beginn des Processes sich wenigstens das zum Bewußtsein bringen, daß er trotz seiner redlichen Ueberzeugung möglicherweise den Proceß verlieren könne; er darf daher den Proceßgegenstand, welcher ihm immerhin abgesprochen werden kann, nicht mehr als den seinigen behandeln, nicht mehr über denselben verfügen und ihn nicht mehr vernach-

zutage geltende s. g. exceptio litis pendentis hat einen ganz anderen Sinn, als die exceptio rei in iudicium deductae; sie macht geltend, daß derselbe Anspruch nicht in zwei Processen zu gleicher Zeit verfolgt werden dürfe.

[2] Ein kürzerer Ausdruck dafür ist: es müsse dem Kläger causa rei geleistet werden. S. § 3 I. de off. iud. 4. 17, l. 40 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 17 § 1 l. 20 D. de R. V. 6. 1, l. 31 pr. D. de R. C. 12. 1, l. 91 § 7 D. de leg. I° 30, l. 35. 75 D. de V. S 50. 16. Bezeichnend l. 91 § 7 D. de leg. I° cit: „causa eius temporis, quo lis contestabatur, repraesentari debet actori". Vgl. auch Göppert über die organischen Erzeugnisse S. 114 fg.

[3] L. 17 § 1 D. de R. V. 6. 1: — „lucrum enim ex eo homine, qui in lite esse coeperit, facere non debet". L. 35 § 1 eod.

[4] L. 82 § 2 D. de V. O. 45. 1. „Et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit, quam restituere". Vgl. Windscheid Heid. krit. Zeitschr. III S. 259; aber auch § 126 Note 5. Kniep die Mora des Schuldners I S. 73 fg.

lässigen, er ist für den Proceßgegenstand verantwortlich wie für einen fremden[5].

Aus diesen Grundsätzen ergeben sich im Einzelnen folgende Regeln.

1. Nach dem Beginn des Processes erstreckt sich der klägerische Anspruch auch auf die von da an durch den Beklagten von dem Proceßgegenstand gezogenen Früchte. Unbedingt auf diejenigen, welche der Beklagte zur Zeit des Urtheils noch hat. Was diejenigen angeht, welche er zur Zeit des Urtheils nicht mehr hat, so ist zu unterscheiden zwischen dem unredlichen und dem redlichen Beklagten. Der erste haftet für die Früchte, welche er nicht mehr hat, wenn der Kläger, falls er ohne Proceß befriedigt worden wäre, dieselben oder ihren Werth jetzt haben würde; der redliche Beklagte haftet für die Früchte, welche er nicht mehr hat, nur dann, wenn er sie in Folge seiner Absicht oder seiner Nachlässigkeit nicht mehr hat. Für die nicht gezogenen Früchte haftet der unredliche Beklagte, wenn der Kläger, der redliche, wenn er selbst bei Anwendung gehöriger Sorgfalt sie hätte ziehen können[6]. Den Früchten steht gleich der sonstige Zuwachs der Sache und der von ihr gezogene Gewinn[7].

---

[5] Es ist jetzt allgemein anerkannt, daß, wenn die Quellen geradezu sagen, durch den Proceßbeginn werde das redliche Bewußtsein des Beklagten in ein unredliches verwandelt (l. 20 § 11 l. 25 § 7 l. 31 § 3 D. de H. P. 5. 3, l. 2 C. de fructib. 7. 51, vgl. jedoch über diese letztere Stelle Savigny VI § 264. h), damit jedenfalls zu viel gesagt ist. Vielleicht ist es auch nicht im allgemeinen Sinne gemeint, sondern hat eine specielle Beziehung auf ein antiquirtes Rechtsverhältniß (die improba usucapio pro herede). Vgl. namentlich Savigny VI S. 84 fg. Eine richtige Bezeichnung des Verhältnisses findet sich in l. 10 C. de poss. 7. 32: — „ex interposita contestatione et causa in iudicium deducta super iure possessionis vacillet ac dubitet". Seuff. Arch. XXXII. 186.

[6] Die Stellen, welche von der Verhaftung des Beklagten für Früchte handeln, sagen zum Theil nur ganz im Allgemeinen, daß die Früchte, oder die gezogenen Früchte, herausgegeben werden müssen, so § 2 in. I. de off. iud. 4. 17, l. 17 § 1 l. 20 l. 35 § 1 D. de R. V. 6. 1, l. 9 § 6. 7 D. ad exh. 10. 4, l. 5 § 5 D. si usufr. 7. 6, l. 16 § 4 D. de pign. 20. 1, l. 2 l. 38 § 7 D. de usur. 22. 1. Diejenigen Stellen, welche nähere Bestimmungen enthalten, wie § 2 I. de off. iud. 4. 17, l. 27 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 33. 62 D. de R. V. 6. 1, l. 4 § 2 D. fin. reg. 10. 1, l. 19 § 1 D. de usur. 22. 1, l. 1 § 1 C. de P. H. 3. 31, l. 5. 22 C. de R. V.

2. In gleicher Weise wie in Betreff der Früchte und des Zuwachses ist zu unterscheiden, wenn der Proceßgegenstand selbst zur Zeit des Urtheils nicht mehr, oder nicht mehr in unversehrtem Zustande, in den Händen des Beklagten, und im Allgemeinen, wenn die Leistung oder die vollständige Leistung des zu Leistenden dem Beklagten zur Zeit des Urtheils nicht mehr möglich ist. Der redliche Beklagte haftet auf Schadensersatz, wenn seine Ab-

---

3. 32, l. 2 C. de fruct. 7. 51, sagen nichts davon, daß der unredliche Besitzer auch für die durch Zufall, und jeder Besitzer für die durch seine Nachlässigkeit verlorenen Früchte hafte. Aber das in dieser Beziehung für die Hauptsache Geltende (Note 8. 9) ist auf die Accessionen ohne Weiteres zu übertragen. Was die im Texte bezeichnete Verhaftung des unredlichen Besitzers für die versäumten Früchte (nicht bloß die nicht geernteten, wie Heimbach Lehre von der Frucht S. 171 fg. will, sondern auch die nicht erzeugten, vgl. Wächter Erörter. I S. 64—68, Schmid Handbuch des gem. bürg. R. I § 15 Note 8, Vangerow I § 333 Anm. Nr. II. 1. b, Francke Commentar über den Pandektentitel de Hereditatis Petitione S. 282. 283) angeht, so ist dieselbe eine Folge des von dem Beklagten in der Führung des Processes begangenen Unrechts, eine Folge, welche in l. 62 § 1 D. de R. V. 6. 1, l. 39 § 1 D. de leg. I° 30, vgl. l. 4 C. unde vi 8. 4, ausdrücklich anerkannt ist. Allerdings wird in anderen Stellen auch von dem unredlichen Besitzer gesagt, er hafte für diejenigen Früchte, welche er hätte ziehen sollen, nicht: welche der Kläger hätte ziehen können (l. 5 C. de R. V. 3. 32, § 2 I. de off. iud. 4. 17, cf. l. 1 C. Th. de fruct. 4. 18): aber es liegt auf der Hand, daß hier die engere Bestimmung aus der weitergehenden corrigirt werden muß, nicht umgekehrt. A. M. namentlich Savigny VI S. 113 fg. Literaturangaben bei Vangerow I § 333 Anm. Nr. II. 1. c, Unger I § 56 Note 27, hinzuzufügen Mommsen Mora S. 230—233, Francke a. a. O. S. 283 fg., Pernice Labeo II S. 333. Seuff. Arch. XXIX. 214. — Zu den Früchten gehören namentlich auch die Zinsen (§ 144), und daher haftet auch für diese der Beklagte selbst wenn er nicht in Verzug ist, soweit die Gewinnung derselben ihm zugemuthet werden konnte (l. 34 D. de usur. 22. 1, l. 1 § 1 C. de P. H. 3. 31, l. 20 § 11 D. de H. P. 5. 3, l. 2 C. de us. et fruct. 6. 47). Mit Unrecht wird dieß von Einigen (Wächter Erört. II S. 54. III S. 24. 106, Wetzell Civilproc. I § 14 Note 72 [76]) bestritten. Vgl. namentlich Savigny VI § 268—271 (über l. 62 pr. D. de R. V. 6. 1 s. III § 612 Note 25, anders Savigny a. a. O. S. 151 fg., dagegen Francke a. a. O. S. 272 fg.). Seuff. Arch. II. 148, III. 17, V. 19. 261. 284, VII. 291, VIII. 116, XIV. 275, XVII. 220, XXVII. 12. 66. XXVIII. 18, XXIX. 131, XXXIII. 165, XXXV. 10, XXXIX. 310, Entsch. des Reichsger. II S. 176 fg. (sämmtlich für die Proceßzinsen).

[7] L. 27 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 17 § 1 l. 20. 34 D. de R. V. 6. 1, l. 5 § 5 D. si ususfr. 7. 6, l. 9 § 7 D. ad exh. 10. 4.

sicht oder seine Nachlässigkeit der Grund der Unmöglichkeit ist[8], der unredliche Beklagte haftet auch für den Zufall, wenn er nicht beweisen kann, daß auch bei rechtzeitiger Befriedigung der Kläger gegenwärtig weder den Proceßgegenstand selbst noch dessen Werth in Händen haben würde[9]. — Nach den gleichen Grundsätzen ist zu entscheiden, wenn während des Processes eine Preisminderung des Proceßgegenstandes eintritt. Der Beklagte haftet für dieselbe, da er an ihr nicht Schuld ist, nur im Falle der Unredlichkeit, und auch in diesem Falle nicht, wenn er beweisen kann, daß der Kläger auch bei rechtzeitiger Befriedigung von dem gleichen Preisverlust würde betroffen worden sein, d. h. daß er die Sache bis jetzt behalten haben würde[10].

3. Ansprüche, welchen durch besondere Vorschrift die Vererblichkeit entzogen ist, gehen nach dem Proceßbeginn auf die Erben des Berechtigten bez. Verpflichteten über[11].

4. Im älteren römischen Recht gab es noch einen anderen hierher gehörigen Satz, nämlich daß der Beginn des Processes den Anspruch gegen die Einwirkung einer erst später vollendeten Verjährung schütze[12]. Im Justinianischen Recht wird durch die

[8] L. 21 l. 33 l. 36 § 1 l. 51 D. de R. V. 6. 1.

[9] L. 15 § 3 l. 16 pr. l. 17 § 1 l. 62 pr. D. de R. V. 6. 1, l. 20 § 21 l. 40 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 14 § 11 D. quod met. causa 4. 2. Von dem Falle der Unredlichkeit des Beklagten handeln auch, obgleich sie es nicht ausdrücklich sagen, l. 12 § 4 D. ad exh. 10. 4, l. 12 § 3 l. 14 § 1 D. dep. 16. 3. Doch gehen die Ansichten hier sehr auseinander. S. das Nähere in der Lehre vom Verzuge (II § 280 Ziff. 2).

[10] S. II § 280 Ziff. 3.

[11] § 1 I. de perp. et temp. act. 4. 12, l. 8 § 1 D. de fidei. et nom. 27. 7, l. 26 l. 59 [58] D. de O. et A. 44. 7, l. 29 D. de nov. 46. 2, l. 87 l. 139 pr. l. 164 D. de R. I. 50. 17, l. 1 C. de her. tut. 5. 54. Der Satz gilt nicht für Ansprüche, welche durch ihren Inhalt an diese bestimmte Person geknüpft sind, so nicht für den Anspruch aus dem Nießbrauch, den Anspruch auf Vollziehung oder Scheidung der Ehe, den durch den Begründungsact auf die Person dieses bestimmten Verpflichteten beschränkten Anspruch. Seuff. Arch. IX. 164, XIX. 111. A. M. Heinzerling Arch. f. prakt. RW. N. F. IX S. 288 in dem Sinne, „daß der Kosten und der etwa sonst sich an die Verurtheilung knüpfenden Consequenzen wegen" der Proceß fortgesetzt werden dürfe. Ich halte das für unbegründet.

[12] L. 9 § 3 D. de iurei. 12. 2, l. 8 § 1 D. de fidei. et nom. 27. 7, l. 139 pr. D. de R. I. 50. 17; § 3 I. de off. iud. 4. 17, l. 18 l. 20 l. 21 D. de R. V. 6. 1, l. 35 D. de V. S. 50. 16; l. 8 § 4 D. si serv. 8. 5.

Erhebung des Processes eine jede Verjährung unterbrochen[13], d. h. der Proceß bewirkt nicht mehr, daß die vollendete Verjährung nicht schadet, sondern daß die begonnene Verjährung nicht vollendet werden kann[14].

§ 125.

Die in dem vorigen § bezeichnete Steigerung des klägerischen Anspruchs ist nicht die einzige Wirkung, welche der Proceßbeginn auf das materielle Rechtsverhältniß ausübt[1].

1. Das römische Recht[2] schreibt vor, daß nach dem Proceßbeginn sowohl der Proceßgegenstand als der auf denselben erhobene Anspruch nicht mehr veräußert werden dürfe[3], jedoch was

[13] Anerkannt ist dieß für die Anspruchsverjährung (§ 108 Note 4); aber auch für die übrigen Verjährungen muß es behauptet werden, obgleich es freilich hier sehr bestritten ist. S. § 180 Note 7, § 213 Note 4, § 216 Note 12.

[14] Dieser Gegensatz ist kein bloß formaler, sondern es knüpft sich an denselben eine wichtige praktische Folge an. Gegen die Einwirkung der vollendeten Verjährung schützte nämlich der Proceß den Anspruch nur für das in diesem Processe erfolgende Urtheil; die Unterbrechung der Verjährung, welche in demselben liegt, wirkt für alle Zeiten. Vgl. l. 1 C. de praescr. l. t. 7. 33.

[1] Außer dem im Folgenden Genannten wird als Wirkung des Proceß- § 125.
beginnes gewöhnlich noch die Verpflichtung desjenigen, qui liti se obtulit (l. 45 D. de H. P. 5. 3, l. 25—27 pr. D. de R. V. 6. 1), aufgeführt. An und für sich gewiß richtig; nur wird hier durch den Proceß nicht das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältniß modificirt, sondern ein Rechtsverhältniß zwischen ihnen neu begründet.

[2] Mühlenbruch Cession § 29. 31 (3. Aufl. 1836). Bachofen ausgewählte Lehren des röm. Civilrechts Nr. 2 (1848). Strippelmann Entscheidungen des OAG. zu Cassel V S. 418—441 (1848). Brinckmann Darstellung der rechtlichen Grundsätze über die Litigiosität (1849). Zimmermann Arch. f. prakt. RW. I Heft 2 S. 3 fg. (1852). Derſ. Arch. f. civ. Pr. XXXV S. 431 fg. XXXVI. S. 49 fg. (1852. 1853). Hartter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII S. 395 fg. (1855). Eigenbrodt Arch. f. prakt. RW. VII S. 193—210 (1860). Zaun daſ. VIII S. 281—297 (1869). Francke Commentar über den Pandektentitel de Hereditatis Petitione S. 30—62 (1864). Schröder zur Lehre von den gesetzlichen Veräußerungsverboten S. 45—58. 84—90 (1875). Sintenis I S. 328—332, Vangerow I § 160 Anm. Nr. 5, Wächter I S. 558—562, Wetzell Civilproc. § 6 Anm. 7 fg. § 14 Anm. 77 fg. (3. Aufl. § 6 Anm. 14 fg. § 14 Anm. 38 fg.).

[3] Das ältere römische Recht verbot nur die Veräußerung des Proceß-

den Proceßgegenstand angeht, nur für den Fall, wo der auf denselben erhobene Anspruch ein Eigenthums- oder Theilungsanspruch ist[4]. Die trotz des Verbotes geschehene Veräußerung ist aber nach der richtigen Ansicht nicht nichtig[5], sondern nur für den Proceß unwirksam: derselbe kann fortgesetzt werden, als wenn sie nicht geschehen wäre[6]. Die Reichscivilproceßordnung hat sich ausdrücklich gegen die Nichtigkeit erklärt, indem sie bestimmt hat, daß durch den Proceßbeginn das Recht zur Veräußerung nicht verloren werde[7], und sie hat die römischen Bestimmungen dahin

---

gegenstandes, und (abgesehen von dem Fall der Theilungsklage, s. die folgende Note) nur durch den nicht besitzenden Kläger (Gai. IV. 117, fr. de iure fisci § 8, vgl. l. 1 § 2 D. quae res pign. 20. 3). Die Unveräußerlichkeit des im Streite befangenen Anspruchs ist als Regel erst von Justinian verfügt worden (l. 5 [4] C. de litig. 8. 36 [37], vgl. jedoch l. 3 eod.; nach l. 5 [4] cit. ist l. 2 eod. interpolirt, vgl. l. 1 C. Th. eod. 4. 5. Gleichfalls erst von Justinian rührt das (allgemeine) Verbot der Veräußerung des Proceßgegenstandes durch den besitzenden Beklagten her (l. 5 [4] C. cit.). Vgl. über das Geschichtliche der Lehre namentlich Bachofen, Zimmermann, Vangerow a. a. OO.

[4] Nov. 112 c. 1; l. 9 D. fin. reg. 10. 1, l. 13 l. 25 § 6 D. fam. erc. 10. 2, l. 1 C. comm. div. 3. 37, l. 3 C. de comm. rerum alienat. 4. 52. Die von Vielen behauptete Ausdehnung des Verbots auf andere Fälle des Streites (Zimmermann Arch. XXXVI S. 59 will alle dinglichen und possessorischen Klagen hierher ziehen, s. auch Sintenis Anm. 11, Wächter S. 558. Württ. Privatr. II § 71 Note 31) erscheint nicht gehörig gerechtfertigt. Seuff. Arch. I. 201; vgl. noch III. 23.

[5] Die Behauptung der Nichtigkeit ist oft aufgestellt worden (zuletzt von Schröder S. 85 fg.), aber nicht nachweisbar. Vgl. Wächter S. 559 (Württ. Privatr. § 71 Anm. 33), Zaun S. 282, Francke S. 51. Seuff. Arch. XXXIII. 336.

[6] L. 2 C. de litig. 8. 36 [37]: — „tamquam si nihil factum sit, lite nihilominus peragenda". Tritt derjenige, welcher den Proceßgegenstand vom Kläger erworben hat (Note 3) klagend auf, so wird er mit der exceptio litigiosi zurückgewiesen Gai. IV. 117, l. 1 § 2 D. quae res. pign. 20. 3, l. 1 § 1 D. de litig. 44. 6. Außerdem ist in l. 5 [4] C. eod. vorgeschrieben, daß derjenige, welcher vom Beklagten erworben hat, gezwungen werden könne, die erworbene Sache zurückzugeben. Wem? ist nicht gesagt. Man nimmt an: dem Veräußerer, auf Verlangen des Klägers. Eine feste Praxis gab aber auch bereits vor der Reichscivilproceßordnung (Note 8) dem siegreichen Kläger das Recht, das erstrittene Urtheil direct gegen den Erwerber geltend zu machen. Zimmermann XXXVI S. 54 fg., Wetzell Civilproceß § 47 Note 112.

[7] § 236 Abs. 1. „Die Rechtshängigkeit schließt das Recht der einen oder der anderen Partei nicht aus, die in Streit befangene Sache zu veräußern

präcisirt, daß die Veräußerung auf den Proceß keinen Einfluß habe, und daß die gegen den Veräußerer getroffene Entscheidung auch gegen den Erwerber wirksam und vollstreckbar sei[8].

2. Durch die Erhebung des Processes wird die Verjährung unterbrochen; nach der Erhebung des Processes ist derjenige Zustand nicht mehr vorhanden, auf dessen ununterbrochener Fortdauer die Verjährung beruht[9].

3. Wenn dem Kläger die Wahl zwischen zwei verschiedenen Ansprüchen oder zwischen zwei verschiedenen Gegenständen desselben Anspruchs zusteht, so kann der Kläger jedenfalls nachdem der Proceß über den einen begonnen hat auf den andern nicht mehr zurückkommen[10]. In gleicher Weise ist der Proceßbeginn entscheidend, wenn verschiedenen Personen ein Wahlrecht zusteht, so daß von mehreren Ansprüchen der eine der einen, der andere der anderen zu Gute kommen soll, oder wenn mehrere Personen in Betreff eines Anspruchs in einem ausschließenden Verhältniß zu einander stehen, so daß der Anspruch nur von einer soll erhoben werden dürfen; in beiden Fällen geht diejenige Person vor, welche zuerst den Prozeß begonnen hat[11]. Wird der Proceß nicht

---

oder den geltend gemachten Anspruch zu cediren." Damit sind auch die vom römischen Recht der Veräußerung gedrohten Strafen (l. 5 [4] C. cit.) beseitigt.

[8] § 236 Abs. 2 und 3: „Die Veräußerung oder Cession hat auf den Proceß keinen Einfluß. Der Rechtsnachfolger ist nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners den Proceß als Hauptpartei an Stelle des Rechtsvorgängers zu übernehmen oder eine Hauptintervention zu erheben . . . Die Entscheidung ist . . . auch gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar". In Betreff der Vollstreckbarkeit gegen den Rechtsnachfolger s. auch § 665. Nicht ist ausgeschlossen, daß der Veräußerer die Klage, so lange ihm dieß gestattet ist (§ 243), zurücknimmt und dann der Erwerber als Kläger auftritt. Die im römischen Recht enthaltenen Ausnahmen von dem Verbote der Veräußerung (l. 5 [4] C. h. t. Nov. 112 c.1) haben durch die CPO. ihre Geltung verloren. Vgl. über das Verhältniß der CPO. zum römischen Recht überhaupt Mandry S. 270 fg., Arndt in Grünhut's Beiträgen XXII S. 322 fg.

[9] Der Anspruch ist kein unausgeübter mehr, der Besitz kein ungestörter mehr ꝛc. Vgl. § 124 Note 13 und 14 und die dort gegebenen Citate.

[10] L. 112 pr. D. de V. O. 45. 1, l. ult. C. de cod. 6. 36. Möglicherweise kann sein Wahlrecht schon früher ausgeschlossen sein, s. z. B. l. 4 § 2 D. de lege comm. 18. 3. Hartmann Arch. f. civ. Pr. L S. 120 fg.

[11] Von dem ersten der genannten Fälle handelt l. 33 D. de leg. I° 30, von dem zweiten l. 11 § 21 D. de leg. III° 32; ferner gehört dahin der

weiter fortgesetzt, so kann dadurch die einmal getroffene Entscheidung nicht wieder rückgängig gemacht werden.

§ 126.

In Betreff der in den beiden vorigen §§ bezeichneten Wirkungen des Proceßbeginns ist noch die Frage zu beantworten, wann man sagen könne, daß der Proceß begonnen habe. Nach der ursprünglichen Auffassung des römischen Rechts ist der Proceß nicht eher vorhanden, bis es durch die vom Beklagten auf die Klage ertheilte Antwort sicher geworden ist, daß gestritten werden wird[1]. Das römische Recht hat aber im Laufe der Zeit

---

Fall der activen Correalobligation. — Dagegen wird ein dem Beklagten zustehendes Wahlrecht durch den Proceßbeginn nicht alterirt, selbst nicht wenn der Schuldner in Verzug ist, wie man irrthümlicher Weise namentlich wegen l. 2 § 3 D. de eo quod certo loco 13. 4 angenommen hat. Wächter Erört. III S. 117 Note 64, Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht III S. 259 fg., Vangerow III S. 21. 22. Anders ist es jedoch in dem Fall, wo eine Verpflichtung nicht auf Eines oder das Andere geht, sondern auf Eines mit der Maßgabe, daß der Schuldner die Befugniß hat, sich der Erfüllung seiner Verpflichtung durch eine andere Leistung, an dieselbe oder eine andere Person, zu entziehen (s. g. facultas alternativa); diese Befugniß verliert er durch den Proceßbeginn. L. 21 § 12 l. 22 D. de rec. 4. 8, l. 1 D. de penu leg. 33. 9, l. 9 D. de V. O. 45. 1, l. 57 D. de sol. 46. 3, l. 16 pr. D. de fidei. 46. 1 (l. 6 § 1 D. de re iud. 42. 1, l. 20 § 5 D. de H. P. 5. 3 enthalten eine Besonderheit für Royalansprüche). Römer Leist. an Zahlungsstatt S. 69 fg.; a. M. Wächter a. a. O. Note 64 a. E., Mommsen a. a. O. S. 262. 263, theilweise Regelsberger Jahrb. f. Dogm. XVI S. 163 fg. Vgl. über die ganze Lehre Wächter Erörter. III S. 115—119; auch Hartmann Arch. f. civ. Pr. L S. 120 fg.

§ 126. [1] Nach dem Ausdruck des römischen Rechts ist dann lis contestata, liegt litis contestatio vor, welchen Ausdruck die frühere deutsche Jurisprudenz durch den Ausdruck „Kriegsbefestigung" wiedergab. Im classischen römischen Recht trat die litis contestatio äußerlich sehr augenfällig in dem Uebergang der Sache von dem Magistratus an den Judex (ex iure in iudicium) hervor. Im Justinianischen Proceß ist das natürlich weggefallen; jetzt heißt es einfach, litis contestatio sei vorhanden „post narrationem propositam et contradictionem obiectam" (l. 14 § 1 C. de iud. 3. 1, vgl. l. un. C. de lit. cont. 3. 9). (Besondere Ansicht bei Wieding der Justinianische Libellproceß S. 150 fg., welcher Schriftsteller die litis contestatio auf den Anfang der narratio verlegt. Dagegen Bethmann-Hollweg röm. Civilproceß III S. 253 und Muther krit. VJSchr. IX S. 177 fg.; gegen diese wieder Wieding das. XII S. 267.) Auch im canonischen Recht und den Reichsgesetzen ist der Be-

einzelne Wirkungen des Proceßbeginnes bereits an die Ladung angeknüpft[2], und die Theorie und die Praxis des gemeinen Rechts sind geneigt gewesen, daraus ein Princip zu bilden[3]. Diese Entwickelung hat jetzt ihren Abschluß in der Reichscivilproceßordnung gefunden, welche vorschreibt[4], daß „alle Wirkungen, welche durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts an die Anstellung, Mittheilung oder gerichtliche Anmeldung der Klage, an die Ladung oder Einlassung des Beklagten geknüpft werden", mit der „Erhebung der Klage"[5] eintreten sollen.

B. Das Urtheil*.

Einleitung.

§ 127.

Bedeutender noch als der Beginn des Processes wirkt die in dem Urtheil liegende Beendigung des Processes auf die Gestaltung des Rechtsverhältnisses der Parteien ein. Das Urtheil, wenn

griff der Litiscontestation kein anderer; auf Grund einer nicht gerechtfertigten Auslegung des § 37 des J. R. A. aber hat sich in der Doctrin die Ansicht geltend gemacht, daß unter Litiscontestation die Erklärung des Beklagten über die Wahrheit oder Unwahrheit der vom Kläger vorgebrachten Thatsachen zu verstehen sei, gleichgültig ob in derselben eine Bestreitung des klägerischen Anspruchs liege oder damit verbunden sei, oder nicht. Vgl. Savigny § 257. 259, Wächter Erört. III S. 74 fg., Bayer Vorträge § 180—182, Wetzell Civilproc. S. 104—108 (3. Aufl. S. 117—122).

[2] L. 20 § 6. 11 l. 25 § 7 de H. P. 5. 3; l. 7 pr. § 5 C. de praescr. XXX. 7. 39, l. 3 C. de ann. exc. 7. 40 (vgl. § 108 Note 4); l. 8 § 1 C. de codic. 6. 36; Nov. 112 c. 1.

[3] Vgl. Kierulff S. 280—284, Sintenis Erläuterungen aus verschiedenen Theilen des Civilprocesses I Nr. 4 und Civilrecht I § 33, Savigny VI § 278. 279, Bruns in von Holtzendorff's Encycl. 2. Ausg. I S. 353. 4. Ausg. S. 431, Wetzell Civilproc. S. 119 (3. Aufl. S. 135). Vgl. Seuff. Arch. XXXIII. 302.

[4] § 239.

[5] § 230. „Die Erhebung der Klage erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes". Vgl. § 460. 461. 471 Abs. 1. 633. 186 fg. 190. 254, Mandry S. 264 fg.

* Vgl. außer den vor § 124 citirten Schriftstellern: Arnold praktische Erörterungen Nr. 11 (1845). Bekker die processualische Consumption im classischen römischen Rechte (1853). Windscheid die Actio ꝛc. § 10—14 (1856). Endemann das Princip der Rechtskraft (1861, vgl. krit. VJSchr.

es rechtskräftig geworden ist — und in jedem Processe kommt es (wenn überhaupt zu einem Urtheil) einmal zu einem solchen[1] — bildet fortan die unverrückbare Grundlage des Rechtsverhältnisses zwischen Kläger und Beklagtem. Mag das Urtheil den Anspruch des Klägers anerkannt und demgemäß den Beklagten verurtheilt haben, oder mag es den Anspruch des Klägers zurückgewiesen und demgemäß den Beklagten freigesprochen haben[2], in dem einen

III S. 112—117). Krüger Processualische Consumtion und Rechtskraft des Erkenntnisses (1864). Kleinschrod über die processualische Consumtion und die Rechtskraft des Civilurtheils (1875). Kierulff S. 249 fg. 303 fg. Bangerow I § 173, Sintenis I § 34, Brinz II § 96 fg., Wächter I S. 563—569, Unger II § 131—133; Bethmann-Hollweg röm. Civilproceß II § 110. 111, Wetzell Civilproceß § 46. 47. — Freudenstein die Rechtskraft nach der Reichscivilproceßordnung und ihre Wirkungen auf die subjectiven Rechte. Hannover 1881. (Darüber Hellmann krit. VJSchr. XXIV S. 574 fg.) Klöppel die Einrede der Rechtskraft nach der deutschen Civilproceß-Ordnung. Berlin 1882.

§ 127. [1] „Sententia indubitata, quae nullo remedio attemptari potest", l. 23 § 1 i. f. D. de cond. ind. 12. 6. Jetzt ist nach dem Sprachgebrauch des heutigen und canonischen Rechts (c. 13. 15 X. de sent. 2. 27) „res iudicata" vorhanden, während das römische Recht (s. z. B. l. 7 pr. D. de transact. 2. 15) res iudicata bei jedem Urtheil annimmt. Savigny VI S. 298. 299. Die Rechtskraft des Urtheils tritt nach dem jetzt geltenden Recht (CPO. § 645. 475. 476) ein, wenn dasselbe durch die Rechtsmittel der Berufung oder Revision (CPO. § 472—529) oder (bei Versäumnißurtheilen) durch den Einspruch (CPO. § 303 fg. 474) nicht mehr angegriffen werden kann. Durch die Möglichkeit, das Urtheil auf dem Wege der Wiederaufnahme des Verfahrens zu beseitigen (Nichtigkeits- und Restitutionsklage, CPO. § 541 fg.) wird die Rechtskraft nicht ausgeschlossen. In der Theorie des früheren gemeinen Processes drückte man den entsprechenden Satz so aus, daß die Zulässigkeit eines außerordentlichen Rechtsmittels die Rechtskraft nicht ausschließe, Beyer Vorträge S. 428. 429, Wetzell Civilpr. § 52 Note 18. Die Civilproceßordnung wendet den Ausdruck Rechtsmittel weder auf die Nichtigkeits- und Restitutionsklage an (das Einführungsgesetz § 19 gebraucht ihn mit Rücksicht auf das frühere Recht), noch auf den Einspruch.

[2] Ueber die Freisprechung des Beklagten kann das Urtheil, welches dem Kläger Unrecht gibt, nicht hinausgehen; es kann nicht auch den Kläger verurtheilen. Darüber im Allgemeinen Savigny VI § 289. 290. Der Kläger kann nur dann verurtheilt werden, wenn der Beklagte auch seinerseits einen Anspruch gegen denselben erhoben hat, aber dann entscheidet das Urtheil eben über zwei Ansprüche, und nicht bloß über den Einen des Klägers. Eine Ausnahme von diesem in der Natur der Sache begründeten Satz bildet die Möglichkeit der Verurtheilung des Klägers zum Ersatz der durch den Proceß

und dem anderen Fall kann seine Entscheidung von keiner der Parteien mehr in Frage gestellt werden[3], keine der Parteien darf mehr den Beweis unternehmen wollen, daß die Entscheidung des

dem Beklagten veranlaßten Kosten (CPO. § 87 fg. 279). Aber hier handelt es sich um einen durch den Proceß selbst begründeten Anspruch. Eine fernere Ausnahme kommt bei den Theilungsklagen vor; der Richter kann zum Zweck der Theilung auch ohne einen von Seiten des Beklagten gestellten Antrag den Kläger verurtheilen, gemäß des Grundsatzes, daß er in der Art und Weise der Theilung vollkommen freie Hand hat. Aber es ist auch der Richter in der Theilung Verwalter nicht sowohl der streitigen, als der freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. II § 449 Note 16). Deßwegen gilt nicht das Gleiche für die übrigen aus dem Gemeinschaftsverhältnisse sich ergebenden Verpflichtungen des Klägers, z. B. zum Ersatz gezogener Früchte oder angerichteten Schadens. Wenn es in den Quellen von den Theilungsklagen überhaupt heißt, also auch insofern sie die vorhin bezeichneten Leistungen umfassen, daß bei ihnen der Beklagte zugleich Kläger sei, und ebenso von der interdicta retinendae possessionis (l. 10 D. fin. reg. 10. 1, l. 37 § 1 D. de O. et A. 44. 7), so hat das nur den Sinn, daß bei diesen Klagen die Formel (bez. das Interdict) so concipirt war, daß es auf einen von dem Beklagten gestellten Antrag auch zur Verurtheilung des Klägers kommen konnte. Deßwegen hat der Begriff der actio duplex oder mixta, wie jene Klagen in den Quellen genannt werden, abgesehen von dem einen oben bezeichneten Punkt, für das heutige Recht keine Bedeutnng mehr. Man bestreitet das, indem man sich darauf beruft, daß bei den actiones duplices, anders als bei anderen vom Beklagten geltend gemachten Ansprüchen, „Einheit des Streitverhältnisses" stattfinde. Aber was heißt das? Ist in dieser Beziehung ein Unterschied, ob der auf Theilung Belangte Ersatz für die vom Kläger aus der gemeinschaftlichen Sache gezogenen Früchte verlangt, oder der auf Herausgabe der Kaufsache Belangte Zahlung des Kaufpreises? Oder man macht geltend, daß in beiden Fällen „in Ansehung der processualischen Verhandlung" Verschiedenes gelte. Die Verschiedenheit ist jedoch unerfindlich. Vgl. Windscheid die Actio ꝛc. S. 27 Note 3. Abwehr S. 40. 41; Savigny VI S. 328—330, Wetzell Civilproc. § 5 Nr. 2. § 46 Nr. 1, Arndts § 99 Anm. Unger § 131 Note 26. — Der Ausführung des in dieser Note Gesagten ist gewidmet die Schrift von Eck, die doppelseitigen Klagen des römischen und gemeinen deutschen Rechts, Berlin 1870. Dieser Schriftsteller bestreitet aber auch (S. 146—149), daß in der Möglichkeit der Verurtheilung des Theilungsklägers ohne Antrag des Beklagten eine Ausnahme vom Princip liege. Hiergegen Göppert krit. VJSchr. XIV S. 552 fg., welcher andererseits die Duplicität der Theilungsklagen nicht auf die im Text bezeichnete Verurtheilung des Klägers beschränkt. Vgl. auch Bekker Aktionen I S. 239 fg., Brinz 2. Aufl. § 89 Note 4, Wendt Faustrecht S. 152 fg. — Rechtshistorische Frage: actio duplex in dem Sinne, daß es zur gehörigen processualischen Defension des Beklagten gehört, daß er seinerseits als Kläger

Urtheils nicht die richtige sei[4]. Von dieser Wirkung des Urtheils — man nennt sie die Rechtskraft des Urtheils im materiellen Sinn — ist näher zu handeln (§ 129—132). Vorher aber ist (§ 128) eine andere Frage zu beantworten, die Frage nämlich, in welchem Falle das Urtheil zu verurtheilen, in welchem es freizusprechen habe. Die Regel, daß es zu verurtheilen habe, wenn es den klägerischen Anspruch begründet finde, freizusprechen, wenn es ihn unbegründet finde, reicht deßwegen nicht aus, weil es, wie bereits bemerkt wurde, für den Richter unmöglich ist, in demselben Moment das Urtheil zu sprechen, in welchem der Proceß bei ihm angebracht wird. Es kann also vorkommen, daß der beim Beginne des Processes begründete Anspruch zur Zeit, wo das Urtheil gesprochen wird, nicht mehr begründet ist, und umgekehrt, daß der Anspruch zur Zeit des Urtheils begründet ist, während er beim Beginne des Processes nicht begründet war: wie ist hier zu entscheiden?

---

auftritt? Legis actio sacramento? Interdicta retinendae possessonis (Gai. IV. 148, § 7 I. de interd. 4. 15)? Vgl. Krüger krit. Versuche S. 88 fg., Göppert a. a. O. S. 542 fg., Wach zu Keller Note 1129 und unten § 159 Note 5. 9.

[3] Man pflegt zu sagen: das Urtheil begründe eine Fiction der Wahrheit oder: es begründe formelles Recht. Die Stellen der Quellen, in welchen diese Wirkung des Urtheils im Allgemeinen anerkannt wird, sind: l. 25 D. de statu hom. 1. 5, l. 1 § 16 l. 3 pr. D. de agnosc. 25. 3, l. 67 [65] § 2 D. ad. SC. Treb. 36. 1, l. 12 § 3 D. de bon. lib. 38. 2, l. 6 D. de exc. rei iud. 44. 2.

[4] Es ist ohne Zweifel ein Uebel, wenn in dieser Weise in einem einzelnen Falle das Unrecht zum Recht gemacht wird; aber ein viel größeres Uebel ist es, wenn es nie ein Ende des Streites gibt. Vgl. namentlich Savigny VI § 280. Bülow Arch. f. civ. Pr. LXII S. 92 fg. greift Savigny an, indem er behauptet, daß Savigny die Rechtskraft auf die Fiction der Wahrheit gründe. Diese Behauptung ist irrig. Für Savigny ist die Fiction der Wahrheit der Ausdruck der Rechtskraft, nicht ihr Grund. Ihren Grund setzt er ausdrücklich in die sonst vorhandene „Gefahr einer völlig grenzenlosen Ungewißheit der Rechts- und Vermögensverhältnisse, die sich durch viele Geschlechter hindurch ziehen kann". Ob es eine Verbesserung ist, mit Bülow als Grund der Rechtskraft die Verwirkung der unterliegenden Partei (wegen nicht genügender Wahrnehmung ihres Rechts) anzusehen, kann hier dahingestellt bleiben; ich halte es für eine Verbesserung nicht. S. auch Wach Vorträge S. 101. Ein anderer neuerer Schriftsteller (Klöppel [Note *] S. 60 fg.) findet den Grund der Rechtskraft darin, daß das Recht nur in dem Ausspruche des Richters zur Wirklichkeit gelange; vorher sei das Recht „nur latent,

Voraussetzung der Verurtheilung*.

§ 128.

1. Hört der zur Zeit des Beginnes des Processes begründete Anspruch hinterher auf, begründet zu sein[1], so ist davon auszugehen, daß der Beklagte freigesprochen werden muß; das Princip ist, daß der Beklagte nur dann verurtheilt werden kann, wenn der Anspruch gegen ihn zu der Zeit begründet ist, wo er verurtheilt werden soll[2]. Dabei ist jedoch zu bemerken, daß der Anspruch durch den Beginn des Processes gegen gewisse Aufhebungsgründe unempfindlich wird[3], und ferner, daß das römische Recht

als bloße Potenz" da (S. 83). Das geht noch über Schultze (§ 44 Note 5 z. E.). (Ein ähnlicher Gedanke aber jetzt bei Bülow Gesetz und Richteramt. Leipzig 1855. [Bei der Correctur hinzugefügt.])

* A. C. J. Schmid Arch. f. civ. Pr. XXX. 7 (1847).

[1] Eine besondere Abhandlung über diesen Fall ist: R. Römer das Erlöschen des klägerischen Rechts nach der Einleitung des Processes in seinem Verhältniß zum Endurtheil (1852). Dazu die Recensionen von Bekker und von Dernburg in der Heidelbr. krit. Zeitschr. I S. 253 fg. S. aber auch Dernburg Pand. I § 154. § 128.

[2] Gewöhnlich wird als Princip der entgegengesetzte Satz aufgestellt, hauptsächlich auf Grund von Gai. IV. 114, welche Stelle (wahrscheinlich) sagt, daß die Proculianer bei stricti iudicii actiones im Falle der Befriedigung des Klägers die Condemnation dennoch hätten eintreten lassen wollen. Jedoch ist jedenfalls dieser Satz später verschwunden (§ 2 I. de perp. et temp. act. 4. 12), und auch für das frühere römische Recht ist es sehr zweifelhaft, ob aus der Befriedigung des Klägers ein Schluß auf andere Aufhebungsgründe erlaubt ist. Vgl. die guten Bemerkungen von Dernburg a. a. O. S. 261. 262; Rudorff röm. RGesch. II S. 270. Gegen die herrschende Meinung sprechen l. 16 pr. l. 27 § 1 D. de R. V. 6. 1, l. 64 D. de usufr. 7. 1, l. 7 § 7 D. ad exh. 10. 4, l. 14 pr. de cond. furt. 13. 1, l. 12 § 3 l. 14 § 1 D. dep. 16. 3, l. 37 § 6 D. de op. lib. 38. 1. Vgl. Wächter Erörter. III S. 124 fg. Seuff. Arch. XIX. 31, XXXIII. 93. — Processualisches: CPO. § 251 Abs. 1.

[3] Er wird unempfindlich gegen die eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung, wenn dabei den Beklagten eine Schuld trifft, unempfindlich in gewissem Umfang gegen den Tod des Berechtigten und Verpflichteten, und nach älterem römischen Recht (s. § 124 Num. 4) unempfindlich gegen eine Verjährung, durch welche das ihm zu Grunde liegende Recht aufgehoben wird. (Will man dieses Letztere so ausdrücken: nach älterem römischen Recht falle der Anspruch an und für sich weg, die Condemnation aber erfolge dennoch, weil der Anspruch zur Zeit des Proceßbeginnes begründet gewesen sei, so gibt man damit einmal, wenigstens was die obligatorischen Ansprüche angeht, den Sinn der

allerdings in Einer Beziehung ausnahmsweise lediglich auf die Begründung des Anspruchs zur Zeit des Beginns des Processes sieht, so daß eine später eintretende Aenderung nicht schadet. Wenn nämlich ein Anspruch nur auf dasjenige geht, worum der Beklagte aus einer gewissen Thatsache reicher ist, so soll für die Frage, ob eine Bereicherung vorhanden sei oder nicht, die Zeit des Beginnes des Processes, nicht die Zeit wo das Urtheil gesprochen wird, maßgebend sein[4].

2. Wenn der zur Zeit des Proceßbeginnes nicht begründete Anspruch vor dem Urtheil begründet zu sein anfängt, so ist es jedenfalls ungerecht, daß der Kläger definitiv abgewiesen werde; wenn nicht in diesem Processe für ihn gesprochen wird, so muß ihm die Möglichkeit einer anderen Klage gewährt werden. Ob er auf dieselbe verwiesen werden soll, ist eine Frage, die nach dem jetzt[5] geltenden Proceßrecht nur dahin beantwortet werden

---

Quellen nicht wieder [perpetuatur actio, obligatio, s. § 124 Note 12]; jedenfalls aber darf man darin keinen Beweis für das in der vorigen Note geleugnete Princip sehen, da es sich hier um Wiederaufhebung eines Gewinnes handelt, welcher dem Beklagten lediglich durch die Dauer des Processes zugegangen ist [s. o. S. 365]).

[4] L. 36 [37] pr. § 1 D. de neg. gest. 3. 5, l. 20 D. quod met. causa 4. 2, l. 34 pr. D. de min. 4. 4, l. 7 pr. § 3 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 47 D. de sol. 46. 3, s. jedoch auch l. 36 § 4 D. de H. P. 5. 3. S. auch noch l. 4 § 1 l. 6 § 4 D. de aqua et aquae 39. 3 (II § 473 Note 16. 19). — Dagegen darf nicht als fernere Ausnahme angeführt werden, daß der mit einem Noxalanspruch Belangte auch dann condemnirt werde, wenn er nach dem Proceßbeginn das Eigenthum der seine Verhaftung begründenden Sache verliere; denn das ist nur für den Fall bezeugt, wo er das Eigenthum durch seine That, also seine Schuld, verliert. Die Stellen, auf welche es hier ankommt, sind l. 1 § 12. 13. 16 D. si quadr. 9. 1, l. 37 l. 38 pr. D. de nox. act. 9. 4, s. namentlich l. 1 § 13 l. 38 pr. cit. — Mandry S. 378 ist der Meinung, daß „das Verfahren der Reichscivilproceßordnung" für die im Text genannte Bestimmung „keinen Raum mehr lasse". Ich halte es für zu gewagt, dieser Bestimmung eine rein processualische Bedeutung zuzuschreiben. Nur wird auch für sie der Proceßbeginn nach CPO. § 239 zu bestimmen sein.

[5] Das römische Recht geht von dem Princip aus, daß das in der intentio Bezeichnete zur Zeit des Proceßbeginnes vorhanden sein müsse, das in der intentio nicht Bezeichnete nur zur Zeit des Urtheils. In diesem Sinne heißt es in l. 23 D. de iud. 5. 1: „Non potest videri in iudicium venisse id, quod post iudicium acceptum accidisset, ideoque alia interpellatione opus est", vgl. l. 35 eod. und l. 30 pr. D. de pec. 15. 1 (s. unten). Anwen-

kann, daß die Geltendmachung einer während des Processes entstandenen Thatsache zulässig ist, so weit darin nicht eine Aenderung der Klage liegt[6].

dungen des Princips sind folgende. Bei der Eigenthumsklage muß das Eigenthum zur Zeit des Proceßbeginnes vorhanden sein (vgl. l. 11 § 4. 5 D. de exc. rei iud. 44. 2, Savigny VI S. 67), bei der Exhibitionsklage das Interesse des Klägers (l. 7 § 7 D. ad exh. 10. 4); dagegen schadet es bei beiden Klagen nicht, daß der Besitz des Beklagten erst hinterher eingetreten sei (l. 27 § 1 D. de R. V. 6. 1, l. 7 § 4 l. 8 D. ad exh. 10. 4), ebenso wenig bei der Erbschaftsklage (l. 18 § 1 D. de H. P. 5. 3, l. 16 pr. eod.) und bei der Klage aus dem Hinterlegungsvertrage (l. 1 § 21 D. dep. 16. 3). Ferner genügt es für die Klage aus dem Pfandvertrage, daß die Zahlung der Schuld nur vor dem Urtheil eingetreten sei (l. 9 § 5 D. de pign. act. 13. 7); bei der Klage aus dem Auftrag ist es nicht nöthig, daß die Handlung des Beauftragten, welche dem Anspruch seine concrete Richtung gibt, z. B. wirkliche Einziehung der Schuld, die eingezogen werden sollte, schon beim Beginn des Processes vorgenommen gewesen sei (l. 17 D. mand. 17. 1, vgl. Savigny VI S. 68); die actio de peculio setzt nur voraus, daß zur Zeit des Urtheils etwas in peculio sei (l. 30 pr. D. de pec. 15. 1, l. 7 § 15 D. quib. ex caus. 42. 4 — auch ohne daß etwas beim Proceßbeginn in peculio ist, „tenet actio de peculio" und „intenditur recte"). Die römische Regel ist natürlich ohne Umdeutung heutzutage unanwendbar; über die Umdeutungsversuche, die man gemacht hat, s. die früheren Ausgaben dieses Lehrbuchs und Keller S. 190 fg., Savigny S. 73 fg., Wächter Erörter. III S. 126 fg., Vangerow I § 160 Anm. Nr. III. 3, Briegleb verm. Abhandl. I Nr. 5, Wetzell Civilproceß § 14 Note 63. 64 (3. Aufl. 67. 68). — Nach der Vorschrift des canonischen Rechts soll die Regel des römischen Rechts eine Ausnahme erleiden, wenn in der Klage ein Erwerbgrund für das geltend gemachte Recht nicht angegeben worden ist; in diesem Fall soll es genügen, daß das Recht nur vor dem Urtheil erworben worden sei. C. 3 de sent. et re iud. in VI° 2. 14.

[6] Die Reichscivilproceßordnung schreibt vor, „daß Angriffsmittel . . bis zum Schluß derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, geltend gemacht werden können" (§ 251). Zwischen Angriffsmitteln, welche vor, und solchen, welche nach dem Processe entstanden sind, wird nicht unterschieden. S. auch das. § 240. Die Unzulässigkeit der Klageänderung ist ausgesprochen in § 235 Abs. 2 Nr. 3. Eine unzulässige Klageänderung liegt namentlich auch dann vor, wenn für den erhobenen Anspruch ein anderer „Grund" geltend gemacht wird, § 230 Abs. 2 Nr. 2. Bei dinglichen Ansprüchen bleibt es zweifelhaft, ob als Grund des Anspruchs das dingliche Recht oder die das dingliche Recht begründende Thatsache anzusehen ist. Die CPO. hat leider diese Frage nicht entschieden, so daß sich die Controverse des früheren gemeinen Proceßrechts fortschleppt. Es ist in dieser Beziehung auf die Darstellungen des Civilprocesses zu verweisen. Im Besonderen vgl. Wach Vorträge S. 15 fg, neuestens Petersen in Gruchot's Beitrr. XXVIII S. 657.

Rechtskraft des Urtheils.

§ 129.

1. Das verurtheilende Urtheil gibt dem Kläger einen neuen und selbständigen Grund, Befriedigung seines Anspruchs zu verlangen. Der Kläger braucht auf das ursprüngliche Rechtsverhältniß nicht mehr zurückzugehen, und ebenso wenig braucht er sich aus dem ursprünglichen Rechtsverhältniß Einwendungen gefallen zu lassen; er hält dem Gegner das Urtheil entgegen und verlangt von ihm, daß er dem Urtheil gehorche; thut der Gegner das nicht, so tritt unmittelbar Zwang gegen ihn ein[1]. Insofern kann man sagen, daß für den Kläger durch das Urtheil ein neuer Anspruch begründet werde, und in der That findet sich diese Auffassung in den Quellen nicht bloß ausgesprochen[2], sondern in ein-

---

Entsch. des RG. X S. 434, XI S. 242. Seuffl. Arch. XXXIX. 144. 145. — In der früheren gemeinrechtlichen Praxis war namentlich die Frage streitig, ob eine Verurtheilung zu erfolgen habe, wenn die eingeklagte Schuld erst während des Processes fällig werde. In überwiegendem Maße ist diese Frage bejaht worden (s. die früheren Ausgaben); nach der CPO. darf ihre Bejahung nicht bezweifelt werden. Entsch. des Reichsger. I S. 425, VIII S. 415 (Seuff. Arch. XXXIX. 148).

§ 129. [1] Natürlich nicht ohne Antrag des Klägers. Derselbe war auch nach früherem gemeinen Proceßrecht keine Klage, weil er von dem Richter keine Entscheidung verlangte; man sprach von imploratio iudicis (vgl. Buchka II S. 214 fg., Savigny VI § 295. e, Wetzell Civilproc. § 47 hinter Note 115). Für das jetzt geltende Recht kommt hinzu, daß der Antrag auf Zwangsvollstreckung nicht nothwendig an das Gericht geht. CPO. § 674. Etwas Anderes ist die Klage auf Erlaß eines Vollstreckungsurtheils in Betreff einer an sich der Vollstreckung nicht fähigen Entscheidung. CPO. § 660. 667. 868.

[2] Das römische Recht sagt, aus dem Urtheil entstehe die actio iudicati; in l. 4 § 7 D. de re iud. 42. 1 ist geradezu von einer „obligatio quae ex causa iudicati descendit", in l. 8 § 3 D. de nov. 46. 2 von einer „obligatio iudicati" die Rede (in l. 3 § 11 D. de pec. 15. 1 heißt es: „iudicati velut obligatio"). Vgl. l. 9 § 8 D. de pec. 15. 1, l. 16 § 6 D. de pign. 20. 1, l. 37 § 6 D. de op. lib. 38. 1. — Ueber die processualische Bedeutung der actio iudicati im heutigen Recht (ob sie neben der imploratio iudicis ein zweites und selbständiges Hülfsmittel zur Geltendmachung des Urtheils sei) wurde in dem früheren gemeinen Recht gestritten. Wetzell Civilproc. § 47 hinter Note 115; Buchka II S. 214 fg., Savigny VI § 295. e, Renaud Civilproc. § 159. Vgl. auch Degenkolb Einlassungszwang und Urtheilsnorm S. 80 fg. Seuff. Arch. IX. 336, XI. 104, XVI.

zelnen Anwendungen auch praktisch durchgeführt[3]. Aber diese Auffassung wird nie durchgeführt zum Nachtheile des Klägers; wo der Kläger durch dieselbe Schaden erleiden würde, wird die andere Seite der Sache, welche ebenso wahr und wahrer ist, herausgekehrt, nämlich die, daß der durch das Urtheil begründete Anspruch materiell kein anderer ist, als der in der Klage geltend gemachte, daß das Urtheil einen Anspruch nicht sowohl schafft als anerkennt[4]. Das Verhältniß ist also kein anderes, als das in Folge des Proceßbeginnes eintretende; auch durch das Urtheil wird nicht der bestehende Anspruch aufgehoben und ein anderer an dessen Stelle gesetzt: es erhält nur der von Anfang an vorhandene Anspruch durch das Urtheil seine definitive Gestaltung[5]. Die Bestimmung des römischen Rechts, daß, wenn der Urtheilsanspruch nicht binnen 4 Monaten erfüllt werde, der Schuldner 12 % Zinsen zahlen, dafür aber auch während der bezeichneten

269, XVII. 192, XX. 190, XXIV. 290, XXIX. 276; XVI. 268. Jedenfalls nach der CPO. hat sie eine selbständige processualische Bedeutung nicht mehr. Mandry S. 316.

[3] Der Urtheilsspruch ist vererblich, wenn auch der Klaganspruch es nicht war, und ebensowenig unterliegt er der Verjährung des Klaganspruchs, l. 6 § 3 D. de re iud. 42. 1. Er erfaßt das Peculium, auch wenn der Anspruch es nicht that, l. 3 § 11 D. de pec. 15. 1. In l. 3 pr. C. de us. rei iud. 7. 54 wird das Aufhören des Zinsenlaufs nach gefälltem Urtheil darauf zurückgeführt, daß jetzt eine neue Verbindlichkeit vorliege (vgl. Note 5a). S. auch l. 37 § 6 D. de op. lib. 38. 1.

[4] Deßwegen dauert nach dem Urtheil die Verhaftung des Bürgen fort (l. 8 § 3 D. de fidei. 46. 1, l. 28 C. eod. 8. 40 [41]), und der Verpflichtete, welcher im Verzug war, hört durch das Urtheil nicht auf, es zu sein (l. 3 pr. D. de usur. 22. 1). Die Fortdauer des Pfandrechts (l. 13 § 4 D. de pign. 20. 1, l. 8 C. eod. 8. 13 [14]) gehört nicht hierher; sie erklärt sich schon daraus, daß „suas condiciones habet hypothecaria actio“ (vgl. oben § 112 Note 5).

[5] Auch für das Urtheil ist die Frage, ob es eine Novation enthalte, vielfach aufgeworfen und oft bejaht worden. Man hat sich dafür auf Gai. III. 180 und l. 3 C. de us. rei iud. 7. 54 berufen. Aber diese Stellen haben gegenüber den in der vorigen Note angeführten Thatsachen keine Beweiskraft. Ueber die letzte Stelle im Besonderen s. Wächter Erörter. III S. 48 und Windscheid die Actio ꝛc. S. 116. Im Allgemeinen vgl. Wächter a. a. O. S. 47 fg., Buchka II S. 209 fg., Savigny V § 258. f und S. 307, Bekker processual. Consumption S. 293 fg., Windscheid die Actio ꝛc. § 12, Wetzell Civilproc. § 47 z. A., Unger II § 133, Pernice Parerga II S. 46. 53. Vgl. Seuff. Arch. VIII. 32, XXIX. 83, XXXII. 187.

Zeit aller weitere Zinsenlauf aufhören solle[5a], gilt heutzutage nicht mehr[5b].

2. Das freisprechende Urtheil beseitigt den klägerischen Anspruch, wenn er wirklich begründet war, so daß er fortan nicht mehr vorgebracht werden kann; geschieht es dennoch, so wird ihm aus dem Urtheil eine Einrede, die Einrede der abgeurtheilten Sache, entgegengesetzt[6]. Daß die Beseitigung des klägerischen Anspruchs eine natürliche Verbindlichkeit mit den Wirkungen, deren eine solche Verbindlichkeit fähig ist, übrig lasse, ist eine nicht zu rechtfertigende Behauptung[7]; nur das wird zugestanden werden

[5a] L. 1. 2. 3 C. de us. rei iud. 7. 54, l. 13 C. de usur. 4. 32.

[5b] Aufgehoben durch das Einführungsgesetz zur CPO. Abs. 2 § 14 Nr. 4. Auch für das frühere gemeine Recht wurde die Geltung dieser römischen Vorschrift bestritten. Savigny VI S. 412, Mommsen Beiträge III S. 247, Wetzell Civilpr. § 47 Note 109. 110b.

[6] Die exceptio rei iudicatae.

[7] Die Frage ist sehr bestritten. Für die Fortdauer der natürlichen Verbindlichkeit haben sich unter den Neueren erklärt namentlich Kierulff S. 43 Note * (für das heutige Recht behauptet dieser Schriftsteller jedoch das Gegentheil), Buchka I S. 315 fg. (mit derselben Unterscheidung, s. II S. 200. 201), Fein Arch. f. civ. Prax. XXVI S. 162 fg. 359 fg., Ryk Lehre von den Schuldverhältnissen I S. 39; dawider v. d. Pfordten Arch. f. civ. Pr. XXIV S. 108 fg., Flach Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX S. 397 fg., Wächter Erörter. III S. 135 fg., Vangerow § 173 Anm. 1, Scheurl krit. VJSchr. IV S. 525 fg., Voß Arch. f. civ. Pr. LVIII S. 360 fg.; einzelne Wirkungen der natürlichen Verbindlichkeit sprechen ab Savigny Obligationenrecht I S. 81 fg., Schwanert Naturalobligationen S. 439 fg., Dernburg Pfandrecht II S. 585. 586. Compensation 2. Aufl. S. 471, s. auch Westerburg Arch. f. prakt. RW. N. F. IX S. 362 fg. Entscheidend für die hier vertheidigte Meinung ist, daß darin ja eben die Bedeutung der Rechtskraft des Urtheils besteht, daß durch dasselbe das Rechtsverhältniß der Parteien definitiv festgestellt werden soll; ferner die Befreiung der Pfänder durch das freisprechende Urtheil (l. 13 D. quib. mod. pign. 20. 6, gegen welche Stelle l. 27 D. de pign. 20. 1 selbst dann nichts vermögen würde, wenn es auch nöthig wäre, sie von einem Urtheil zu verstehen [Proceßverjährung!] — die Fortdauer des Pfandrechts beweist nicht für die natürliche Verbindlichkeit, wohl aber seine Nichtfortdauer gegen dieselbe). Von der anderen Seite beruft man sich auf l. 38 und l. 60 pr. D. de cond. ind. 12. 6. Aber die erste Stelle schließt das Rückforderungsrecht des Gezahlten offenbar deßwegen aus, weil sie annimmt, der Zahlende habe gewußt, daß er nicht zu zahlen brauche (durch das „iudex . . male absolvit" soll erklärt werden, wie der Zahlende dazu komme, dennoch zu zahlen). Mehr Schwierigkeit macht l. 60 cit. Man erwäge aber Folgendes.

dürfen, daß die freiwillige Erfüllung des mit Unrecht abgesprochenen Anspruchs nicht unter den Begriff der Schenkung fällt[8].

§ 130*.

Die Einrede der abgeurtheilten Sache setzt nicht nothwendig voraus, daß der zurückgewiesene Kläger ganz das Gleiche vorbringe, was er in dem früheren Processe vorgebracht hat; ja sie setzt nicht nothwendig voraus, daß es ein zurückgewiesener Kläger sei, welcher zum zweiten Mal auftritt, sie kann auch einem verurtheilten Beklagten entgegenstehen[1]. Hierüber ist im Einzelnen Folgendes zu bemerken.

1. Die Einrede der abgeurtheilten Sache wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der in dem früheren Proceß vorgebrachte Anspruch gegenwärtig unter Aenderung des rechtlichen Gesichtspunktes, unter Berufung auf einen andern Rechtssatz, wieder vorgebracht wird. Indem entschieden ist, daß ein Anspruch nicht begründet

---

Die Stelle entscheidet, daß der wahre Schuldner, welcher zahle, ohne den Ausgang des Processes abzuwarten, nicht mit Berufung darauf zurückfordern könne, daß er möglicherweise, wenn er den Proceß fortgesetzt hätte, hätte freigesprochen werden können. Diese unzweifelhaft richtige Entscheidung motivirt sie nun nicht damit, daß er eben als wahrer Schuldner gezahlt habe, sondern mit der Berufung darauf, daß er auch im Falle der Freisprechung nicht hätte zurückfordern können, weil er immerhin debitor naturalis geblieben wäre. Diese unrichtige Motivirung einer richtigen Entscheidung reicht nach meiner Ueberzeugung nicht hin, um die oben angeführten Gründe zu überwinden. Vgl. auch Wetzell Civilproc. § 47 hinter Note 7. Seuff. Arch. XXXIII. 339 (ROHG.).

[8] Es ist hier das § 112 Note 5a Gesagte zu wiederholen.

* Dig. 44. 2 de exceptione rei iudicatae.

[1] Das römische Recht sagt, die exceptio rei iudicatae sei begründet: § 130.
„quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur", l. 3 l. 7 § 1. 4 l. 19 l. 22 l. 30 § 1 D. h. t. In anderen Stellen wird verlangt, daß es sich in dem zweiten Proceß um „eadem res" handele, l. 5 l. 7 pr. l. 14 pr. l. 27 D. h. t. Man wird hier unter eadem res nichts Bestimmteres verstehen dürfen, als was das Wort sagt: dieselbe Sache (Streitsache). Bethmann-Hollweg röm. Civilproceß II § 111 Note 45 bezieht die „eadem res" auf die negative, die „eadem quaestio" auf die positive Function der exc. rei iudicatae (s. diesen § a. E.). Die jetzt geltende, von der CPO. § 293 aufgestellte, Regel ist enger. Nach derselben wird rechtskräftig nicht die in einem Proceß über eine streitig gewordene Frage getroffene Entscheidung, sondern nur die über den erhobenen Anspruch getroffene. S. Note 21a.

sei, ist entschieden, daß er überhaupt, nicht bloß, daß er nach diesem oder jenem rechtlichen Gesichtspunkt nicht begründet sei[2].

2. Beruft man sich für das in dem früheren Proceß in Anspruch Genommene gegenwärtig auf einen andern Thatbestand (Erwerbgrund)[2a], so ist zu unterscheiden[3], ob es ein dingliches oder ein obligatorisches Recht ist, welches geltend gemacht wird. Ist es ein obligatorisches Recht, so ist durch Aenderung des Erwerbgrundes die Einrede der abgeurtheilten Sache ausgeschlossen; das frühere Urtheil hat nicht entschieden, daß ein obligatorisches Recht dieses Inhalts, sondern, daß ein obligatorisches Recht dieses Inhalts auf Grund dieses Thatbestandes nicht begründet sei[4].

---

[2] Wenn Jemand den Anspruch erhebt, daß ein von ihm Beauftragter ihm eine bestimmte Summe Geldes, welche er für ihn eingezogen habe, herausgebe, und sich dafür auf die Grundsätze vom Auftragsvertrag beruft (actio mandati), aber abgewiesen wird, so kann er nicht dieselbe Summe Geldes ein zweites Mal mit Berufung auf die rechtlichen Grundsätze von der freiwilligen Geschäftsführung (negotiorum gestio) oder mit Berufung darauf einklagen, daß der Gegner aus seinem Vermögen ohne rechtfertigenden Grund bereichert sei (condictio sine causa), l. 5 D. h. t. (eine Stelle, welche, wenn sie ursprünglich ohne Zweifel von der cautio iudicio sisti gehandelt hat, doch jedenfalls von den Compilatoren auf die exceptio rei iudicatae bezogen worden ist). Seuff. Arch. XXIV. 278. Wer mit der Klage auf Rücknahme der gekauften Sache wegen Fehlerhaftigkeit derselben (actio redhibitoria) abgewiesen worden ist, kann nicht ein zweites Mal auftreten und sich darauf berufen, er könne verlangen, daß der Kaufpreis um so viel gekürzt werde, als die Sache wegen des Fehlers weniger werth sei (actio quanti minoris), nun aber sei sie ihm gar nichts werth, also müsse ihm doch das Gezahlte gegen Rückgabe der Sache wiedergegeben werden; und ebenso gilt das Umgekehrte. L. 25 § 1 D. h. t.

[2a] Vgl. hierzu im Besonderen noch Voigt condictiones ob causam § 29, Ihering Geist des röm. R. III S. 39 fg.

[3] Zu allgemein ist es, wenn für die exceptio rei iudicatae überhaupt in l. 27 D. h. t. Identität der „causa proxima actionis", in l. 14 pr. eod. Identität der „causa petendi" verlangt wird, wie letztere Stelle im Verlaufe (§ 2) selbst anerkennt.

[4] L. 14 § 2 D. h. t. „Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur". Es kann nicht ein Urtheil, welches eine Kaufforderung auf 100 abspricht, einer Darlehnsforderung auf 100 entgegengesetzt werden. Vgl. l. 22 i. f. D. h. t., l. 18 D. de O. et A. 44. 7, l. 93 § 1 D. de leg. III° 32. Seuff. Arch. V. 237, XXIV 279, XXXVII. 159.

Ist es dagegen ein dingliches Recht, so ist trotz des geänderten Erwerbgrundes die Einrede der abgeurtheilten Sache dennoch begründet; das frühere Urtheil hat entschieden, daß ein Recht dieses Inhalts an dieser Sache nicht bloß, daß auf Grund dieses Thatbestandes ein Recht dieses Inhalts an dieser Sache nicht begründet sei[5]. Jedoch ist dieß nur unter der Voraussetzung wahr, daß nicht durch die Klage die Verhandlung auf einen bestimmten Erwerbgrund beschränkt worden ist. In der bloßen Nennung eines Erwerbgrundes darf eine solche Beschränkung nur dann gefunden werden, wenn man von der Ansicht ausgeht[5a], daß die Nennung eines Erwerbgrundes in der Klage nothwendig sei[6]. Selbst-

[5] L. 14 § 2 cit. „At cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur; neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest". L. 11 § 5 eod.: — „qualecunque et undecunque dominium adquisitum habuit, vindicatione prima in iudicium deduxit". L. 11 § 1 l. 30 pr. D. h. t., l. 159 D. de R. I. 50. 17, l. 3 § 4 D. de A. v. A. P. 41. 2.

[5a] Vgl. § 128 Note 6.

[6] Ueber diesen Punkt herrscht viel Streit. Was das römische Recht angeht, kommen in Betracht l. 11 § 2 und l. 14 § 2 D. h. t. In früherer Zeit galt es für unzweifelhaft, daß in diesen Stellen der Satz enthalten sei, daß durch Nennung eines bestimmten Erwerbgrundes in der Klage die Kraft des Urtheils auf diesen Erwerbgrund beschränkt werde. Hiergegen trat Puchta (Rhein. Mus. II S. 251 fg. III S. 467 fg. [1828. 1829], kl. Schriften Nr. IX) auf, indem er die entscheidenden Worte „causa adiecta" und „non expressa causa" erklärte: wenn später ein anderer Erwerbgrund eingetreten ist, und: da der Erwerbgrund, wie es nothwendig ist, nicht genannt ist. Puchta sind andere Schriftsteller gefolgt, so Vangerow I § 173 Anm. 1 Nr. IV a. E., Buchka I S. 145, Sintenis I § 34 Note 46 und Erläuterungen I S. 220 fg.; gegen ihn s. namentlich Savigny VI Beil. XVII, Briegleb vermischte Abhandlungen I Nr. 3, Bekker krit. VJSchr. X S. 407 fg. Auch ich halte die Puchta'sche Erklärung nicht für richtig, glaube aber andererseits nicht, daß die angeführten Stellen einen Beweis dafür enthalten, daß nach heutigem Recht die Nennung des Erwerbgrundes in der Klage die Rechtskraft des Urtheils für jeden andern Erwerbgrund unbedingt ausschließe. Denn auch nach römischem Recht hatte die Nennung des Erwerbgrundes als solche diese Wirkung nicht; es war vielmehr ein Zusatz in der intentio oder eine praescriptio nöthig, also eine Beschränkung der Verhandlung auf diesen einen Punkt. Ein solche Beschränkung liegt aber in der Nennung eines Erwerbgrundes nur unter der im Text bezeichneten Voraussetzung. Das war schon nach früherem gemeinen Proceßrecht so, und ist in

verständlich ist, daß die Einrede der abgeurtheilten Sache auch dann nicht begründet ist, wenn der jetzt vorgebrachte Erwerbgrund später ist, als das früher gefällte Urtheil; dasselbe hat natürlich das dingliche Recht nicht für alle Zeiten negirt, sondern nur für die Zeit, wo das Urtheil gefällt worden ist[7].

3. Die Entscheidung über das Ganze ist auch die Entscheidung über den Theil; wem das Ganze abgesprochen ist, dem ist auch der Theil abgesprochen. Das gilt nicht bloß von dem Gegenstande des Rechts[8], sondern auch von dem Rechte selbst[9]. Nur muß, damit die Einrede der abgeurtheilten Sache begründet sei, der Theil auch wirklich als Theil, und nicht als ein Selbständiges in Anspruch genommen werden[10–12]. Handelt es sich

---

gleicher Weise wahr für das Recht der CPO. Gehört der Erwerbgrund nicht zum „Grund des erhobenen Anspruchs" (CPO. § 230), so wird durch die wirkliche Nennung eines Erwerbgrundes das Recht des Klägers nicht ausgeschlossen, im Lauf der Verhandlung jeden anderen Erwerbgrund geltend zu machen (CPO. § 240. 251). Vgl. noch Buchka II S. 192 fg., Wächter II S. 445, Schmid Handb. des gem. deutsch. bürg. Rechts I S. 318—322, Pagenstecher Lehre vom Eigenthum III S. 18—22, Wetzell Civilproc. § 47 Note 60—63. Seuff. Arch. I. 23, XXIX. 81, vgl. XXVII. 278, XXXII. 359. Für das Recht der CPO.: Freudenstein S. 129 fg., Wach Vorträge S. 23.

[7] L. 11 § 4. 5 l. 25 pr. D. h. t., l. 10 D. de exc. 44. 1, l. 25 § 1 l. 42 D. de lib. causa 40. 12.

[8] Zu allgemein ist es daher, wenn in l. 12. 13 D. h. t. für die exc. rei iudicatae überhaupt „idem corpus", „eadem quantitas" verlangt wird. Vgl. auch l. 14 pr. eod.

[9] L. 7 pr. D. h. t. „Si quis, cum totum petisset, partem petat, exceptio rei iudicatae nocet; nam pars in toto est. Eadem enim res accipitur et si pars petatur eius, quod totum petitum est. Nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur, an in quantitate vel in iure". So ist z. B. nicht bloß die Entscheidung über das Recht auf das Gebäude die Entscheidung über das Recht auf die Baumaterialien, sondern auch die Entscheidung über das Erbrecht (die Gesammtheit der vom Erblasser hinterlassenen Vermögensrechte) die Entscheidung über die einzelnen Erbschaftsrechte. Vgl. l. 3 l. 7 pr. § 4. 5 l. 21 § 1. 3 D. h. t., l. 22 § 8 D. ratam rem 46. 8 (l. 27 § 8 D. de pactis 2. 14).

[10–12] Daraus erklärt sich l. 7 § 2 D. h. t.: — „is, qui insulam petit, si cementa vel tigna vel quid aliud suum petat, in ea condicione est, ut videatur aliud petere; etenim cuius insula est, non utique et cementa sunt". — In den früheren Ausgaben war an dieser Stelle hinzugefügt: umgekehrt ist auch die Entscheidung über den Theil die Entscheidung über das

nicht von dem Verhältniß eines Ganzen zu seinem Theil, sondern nur von einem Mehr oder Minder, so ist zu sagen, daß zwar die Aberkennung des Minder auch die Aberkennung des Mehr enthält[13], dagegen die Aberkennung des Mehr die Aberkennung des Minder nur dann, wenn der Sinn des Urtheils ist, daß das Mehr nicht gebühre, nicht der, daß nicht das Mehr gebühre[14].

4. Indem dem Kläger ein seiner Natur nach ausschließliches Recht zuerkannt wird, wird damit zu gleicher Zeit erkannt, daß dieses Recht dem Beklagten nicht zustehe. Bringt derselbe daher später dieses Recht klagend vor, so steht ihm aus dem ihn verurtheilenden Erkenntniß die Einrede der abgeurtheilten Sache entgegen[15].

Ganze; wem der Theil als Theil abgesprochen ist, dem ist auch das Ganze abgesprochen; ebenso ist die Entscheidung über den einen Theil die Entscheidung über den andern Theil. Das ist nach römischem Recht wahr (l. 7 § 4. 5 D. h. t., s. auch Seuff. Arch. XXV. 182), beruht aber auf der Rechtskraft der s. g. Entscheidungsgründe, und ist daher durch CPO. § 293 beseitigt. Vgl. Ziff. 6.

[13] L. 26 pr. D. h. t. (Die Aberkennung einer Dienstbarkeit auf Erhöhung der Oberfläche bis zu 10 Fuß enthält die Aberkennung der Dienstbarkeit auf Erhöhung bis zu 20 Fuß.) Vgl. Seuff. Arch. V. 236. Dieß gilt auch nach der CPO. (vgl. Ziff. 6). Es ist eine logische Consequenz des Urtheils, welches 100 abspricht, daß dem Kläger nicht 100 + x gebühre. Doch ist dieß ein sehr bestrittener Punkt, und jedenfalls ist mit Zitelmann Zeitschrift für deutsch. Civilproc. VIII S. 254 fg. eine Ausnahme für den Fall zu machen, wo der eingeklagte und abgesprochene Theil der Forderung in der Weise individualisirt war, daß für ihn die Möglichkeit eines besonderen rechtlichen Schicksals bestand.

[14] Wenn gesprochen ist: dem Kläger gebühren die eingeklagten 10 nicht, so ist damit gesprochen, es gebühre ihm nichts. Wenn gesprochen ist: dem Kläger gebühren nicht 10, so ist die Frage, ob ihm nicht 9 oder 8 oder irgend eine andere Quantität unter 10 gebühre, offen gelassen, oder es ist ihm geradezu eine bestimmte Quantität unter 10 zugesprochen. Von dem ersten Fall handeln l. 7 pr. D. h. t. (*vv.* idem erit probandum), l. 21 § 2 l. 30 pr. eod. Wo es sich von einem wirklichen Ganzen handelt, ist der zweite Fall gar nicht möglich; denn das Ganze ist eine Einheit, ein seinen Theilen gegenüber Selbständiges, ein anderes Ding als seine Theile, und daher der Spruch: nicht das Ganze gebührt, nothwendigerweise = das Ganze gebührt nicht.

[15] L. 40 § 2 D. de proc. 3. 3, l. 15 l. 30 § 1 D. h. t., l. 19 eod. L. 40 § 2 cit.: — „cum iudicatur, rem meam esse, simul iudicatur, illius

5. In den bisher betrachteten Fällen enthält das früher gefällte Urtheil die Entscheidung über den jetzt vorgebrachten Anspruch unmittelbar. Dasselbe kann aber auch für die Entscheidung über den jetzt vorgebrachten Anspruch mittelbar bestimmend sein. Wenn nämlich der in dem früheren Urtheil zurückgewiesene Anspruch eine nothwendige Voraussetzung des jetzt vorgebrachten bildet, so ist durch das Urtheil mittelbar auch der jetzt vorgebrachte zurückgewiesen, und steht demselben daher die Einrede der abgeurtheilten Sache entgegen[16]. Ebenso kann das frühere Ur-

non esse". L. 15 cit.: — „Si meam esse (hereditatem pronuntiatum est), nocebit tibi rei iudicatae exceptio, quia eo ipso, quod meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum videtur, tuam non esse; si vero meam non esse, nihil de tuo iure iudicatum intelligitur, quia potest nec mea hereditas esse nec tua." Auch hier steht die CPO. nicht entgegen; sie verbietet nicht, die logische Consequenz der über den erhobenen Anspruch gefällten Entscheidung zu ziehen. Mandry § 24 Note 12 a. E., Freudenstein S. 106.

[16] Das Urtheil, welches Eigenthum abspricht, steht entgegen dem Theilungsanspruch (l. 8 D. h. t., l. 1 § 1 D. fam. erc. 10. 2, l. 18 D. de exc. 44. 1, ebenso beim Erbrechte, l. 8 l. 11 § 3 D. h. t., l. 25 § 8 D. fam. erc. 10. 2), dem Anspruch auf die Früchte (l. 18 D. de exc. 44. 1) und den Zuwachs (l. 26 § 1 D. h. t., l. 33 § 1 D. de usufr. 7, 1), dem Anspruch auf eine dem betreffenden Grundstück zustehende Dienstbarkeit (l. 16 D. de exc. 44. 1), dem von dem Eigenthum abgeleiteten Pfandanspruch (l. 11 § 10 D. h. t., l. 3 § 1 D. de pign. 20. 1). In gleicher Weise ist für den Pfandanspruch das Urtheil über die Forderung, für welche das Pfandrecht bestellt ist, bestimmend (l. 13 quib. mod. pign. 20. 6), das Urtheil über die Vaterschaft bestimmend für den Alimentenanspruch (l. 7 D. de agnosc. 25. 3). Vgl. auch l. 1 § 4 D. de lib. exh. 43. 30, l. 8 § 1 D. de in ius voc. 2. 4. — Mit dem, was zuvor gesagt worden ist, daß die Entscheidung über das Eigenthum auch für das Recht über die Früchte maßgebend sei, steht in scheinbarem Widerspruch l. 7 § 3 D. h. t. Ueber die verschiedenen Vereinigungsversuche (das non vor noceat zu streichen? das erste Urtheil für den Kläger lautend? die Früchte kraft anderen Rechts gefordert? die Einrede nur nach der Regel vom Ganzen und Theil geleugnet?) s. Savigny VI S. 508. Buchka I S. 141, Vangerow I § 173 Anm. 1 Nr. V. 3. b, Bekker S. 237. 238. 247, Unger II § 132 Note 94, Wetzell Civilproc. § 47 Note 41, Windscheid die Actio ꝛc. ꝛc. S. 97. 98, Krüger S. 164 fg., Göppert über die organischen Erzeugnisse S. 192 fg. — Zu der citirten l. 33 § 1 D. de usufr. 7. 1 ist noch zu vergleichen l. 14 § 1 D. h. t. und Windscheid die Actio ꝛc. ꝛc. S. 98. 99, Wetzell § 47 Note 43. 92, Krüger S. 170. 171. — Auch hier ergibt sich aus der Vorschrift der CPO. eine entgegengesetzte Entscheidung nicht. Mandry a. a. O.

theil entgegengesetzt werden, wenn der in demselben zurückgewiesene Anspruch in einer späteren Sache als Einrede wiederholt wird[17].

6. Wie aber ist es in dem umgekehrten Fall, wenn der jetzt vorgebrachte Anspruch in einer früheren Sache als Voraussetzung eines andern Anspruchs oder als Einrede gegen denselben verhandelt und in dieser Eigenschaft verworfen worden ist: kann auch diese Vorentscheidung des früheren Urtheils dem jetzt vorgebrachten Anspruch entgegengesetzt werden[18]? Dieselbe Frage wiederholt sich für die Entscheidungen über die Thatsachen, auf Grund derer das frühere Urtheil zu seinen Entscheidungen über die Rechte, und so zuletzt zu seiner Hauptentscheidung gelangt ist: kann auch einer in diesem Processe vorgebrachten thatsächlichen Behauptung, welche in dem früheren Processe zurückgewiesen worden ist, die Einrede der abgeurtheilten Sache entgegengesetzt werden? Die Beantwortung dieser Frage, welche man in nicht passender Weise als Frage nach der Rechtskraft der Entscheidungsgründe bezeichnet hat[19], war vor der Reichscivilproceßordnung sehr be-

---

[17] Wenn z. B. ein früher zurückgewiesener Forderungsanspruch als Compensationseinrede, ein früher zurückgewiesener Eigenthumsanspruch als Einrede gegen die Publicianische Klage benutzt wird. Von dem letzteren Fall handelt l. 24 D. h. t., von dem ersteren die Entscheidung bei Seuff. Arch. VII. 299. 300. Die Einrede der abgeurtheilten Sache wird hier zur Replik der abgeurtheilten Sache.

[18] Ist also z. B. die Einrede der abgeurtheilten Sache begründet, wenn nach Verwerfung eines Servitutenanspruchs wegen mangelnden Eigenthums des herrschenden Grundstücks dieses Eigenthum, wenn nach Verwerfung einer Compensationseinrede die Forderung, auf welche dieselbe gestützt worden ist, geltend gemacht wird?

[19] Die Bezeichnung ist aus einem doppelten Grunde nicht passend: 1) weil es sich jedenfalls nur um richterliche Entscheidungen handelt, und die Erwägungen, durch welche der Richter zu denselben gelangt, die man doch auch nicht anders als Entscheidungsgründe nennen kann, ganz gewiß nicht rechtskräftig werden; 2) weil diese Bezeichnung die ganz falsche Vorstellung hineinzuziehen geeignet ist, als handele es sich hier um den Gegensatz zwischen dem was als „Urtheil" und dem was als „Entscheidungsgründe" äußerlich bezeichnet wird. Savigny gebraucht die Ausdrücke: subjective Gründe, objective Gründe oder Elemente des Urtheils. Ueber die Frage, ob nicht nach der CPO. in der That bloß das in die Urtheilsformel Aufgenommene rechtskräftig werde, s. Wach Vorträge S. 107 fg., Freudenstein S. 76 fg., Klöppel S. 31, Mandry S. 283, welche sich sämmtlich für die Verneinung der bezeichneten Frage aussprechen; sie wird aber von den Proceßschriftstellern

stritten[20] und nicht unzweifelhaft[21]. Durch die Reichscivilproceßordnung ist sie in negativem Sinne entschieden worden[21a]. Eine Ausnahme macht die Reichscivilproceßordnung nur für die Entscheidung über eine compensationsweise geltend gemachte Gegenforderung in Betreff desjenigen Betrags, mit welchem aufgerechnet

---

vielfach bejaht (auf Grund der Vorgeschichte des § 293). So auch Seuff. Arch. XL. 66.

[20] Für ihre Bejahung namentlich Savigny VI § 291—298. 293; ferner Wächter II S. 577 fg., Vangerow I § 173 Anm. 1 Nr. III. V, Bayer Vorträge S. 434 fg., Schäffer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII S. 247 fg., Windscheid die Actio ꝛc. ꝛc. S. 69 fg. 100 fg., Endemann S. 83 fg., und was das heutige Recht angeht: Kierulff S. 260 und Buchka II S. 184 fg., während diese letzteren Schriftsteller für das römische Recht entgegengesetzter Ansicht sind (S. 248 fg., I S. 300—312), ebenso Bethmann-Hollweg röm. Civilproc. II S. 649 fg. Für die unbedingte Bejahung auch dieses Lehrbuch in den früheren Ausgaben. Für das heutige wie für das römische Recht haben die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt: Bekker proc. Consumtion § 15. 18. 19, Brinz I S. 153 fg. (vgl. 2. Aufl. I S. 330 fg. 335), Wetzell Civilproc. § 47 von Note 94 an, Krüger S. 179 fg. 213 fg, Busch Arch. f. civ. Pr. XLV S. 287 fg., Unger II S. 621 fg. (dessen Darstellung besonders hervorzuheben ist). Vgl. auch Linde Arch. f. civ. Pr. XXXIII S. 315 fg., Bolgiano Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XXI S. 30 fg., Kleinschrod über die processualische Consumtion und die Rechtskraft des Urtheils S. 148 fg. (welcher zwischen Entscheidungen über „Thatsachen" und Entscheidungen über das im Parthei-Anspruch zu Grunde liegende „Rechtsverhältniß" unterscheiden will, zu den „Thatsachen" aber auch z. B. Eigenthum und Forderung rechnet), Schott krit. VJSchr. XIX S. 490 fg. Die Praxis war der bejahenden Ansicht günstig. Vgl. Seuff. Arch. I. 367, II. 250, V. 236, VIII. 99. 171, IX. 86, X. 294, XVIII. 181, XX. 189, XXIV. 89. 90. 91, XXV. 278 (ROHG), XXVII. 68, XXXVII. 243. 244. Blätter f. RAnwend. Ergänz.-Bd. zum 31. und 32. Jahrg. S. 242. Vgl. auch Seuff. Arch. VIII. 334. 335, XIII. 72 298, XV. 171. S. andererseits Seuff. Arch. X. 295, XXIV. 92, XXV. 183, XXVII. 69. 179, XXVIII. 254, XXIX. 175, XXXI 73, Arch. f. prakt. RW. N. F. IX. S. 425 fg. Vgl. auch Seuff. Arch. XXVII. 67.

[21] Das Quellenmaterial ist im Wesentlichen folgendes. Einerseits l. 7 § 1 D. de compens. 16. 2 und l. 7 [8] § 2 D. de neg. gest. 3. 5, l. 1 D. h. t., l. 6 § 4 D. nautae 4. 9, vgl. auch l. 13 § 2 D. de iurei. 12. 2; andererseits l. 1 C. de ord. iud. 3. 8, l. 5 § 8. 9 D. de agnosc. 25. 3 und l. 15 § 4 D. de re iud. 42. 1, l. 17 D. de exc. 44. 1, l. 23 D. h. t. Das Nähere in den früheren Auflagen.

[21a] CPO. § 293 Abs. 1. „Urtheile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist". Frage: kann nicht in der Entscheidung über den damals er-

werden soll[21b]. Es steht aber den Parteien frei, im Laufe des Processes die Feststellung des den Grund des Anspruches oder der Einrede bildenden Rechtsverhältnisses durch einen besonderen darauf gerichteten Antrag (Erweiterung des Klagantrags bez. Erhebung einer Widerklage) zu verlangen[21c]; die über dieses Verlangen ergehende Entscheidung wird rechtskräftig, wie die über den erhobenen Anspruch selbst[21d]. —

Die im Vorstehenden entwickelte Bedeutung der Einrede der abgeurtheilten Sache ist nicht diejenige, welche diese Einrede ursprünglich im römischen Recht gehabt hat. Ursprünglich war die Bedeutung derselben nicht, daß durch sie der Inhalt, sondern daß das Dasein eines früheren Urtheils geltend gemacht werden sollte. Die Regel lautete nicht, daß nicht mehr vorgebracht werden könne, wogegen entschieden sei, sondern, daß ein Anspruch nicht mehr vorgebracht werden könne, über welchen entschieden sei[22]. Man nennt diese ursprüngliche Function der Einrede der abgeurtheilten

---

hobenen Anspruch auch die Entscheidung des jetzt erhobenen liegen, ohne daß über den letzteren ein Ausspruch gethan ist? Vgl. Note 15. Sehr weit geht in der Bejahung der aufgeworfenen Frage Klöppel S. 99 fg., welcher u. A. behauptet (S. 111), daß die Entscheidung über den Zinsanspruch eine rechtskräftige Entscheidung über den Bestand der Hauptschuld enthalte. Das ist ein bedenkliches Hinüberschwanken nach der Rechtskraft der Entscheidungsgründe. Ganz anders das Urtheil des RG. 8/2 82 (Entscheidungen VII S. 107, Seuff. Arch. XXXVIII. 181). Die aufgeworfene Frage wird aber voraussichtlich Theorie und Praxis noch vielfach beschäftigen.

[21b] CPO. § 293 Abs. 2. Die Processualisten streiten darüber, ob nicht die Beschränkung auf die Höhe des aufzurechnenden Betrages dann wegzufallen habe, wenn die Gegenforderung verworfen sei. Vgl. Wilmowski-Levy I S. 402 und die Citate das., neuestens Schollmayer die Compensationseinrede im deutschen Reichs-Civilproceß (1884) S. 117 fg. Es kommt hierbei auch die in Note 13 berührte Frage in Betracht.

[21c] CPO. § 253.

[21d] Klöppel S. 93 fg. 110 will die Rechtskraft nur dann eintreten lassen, wenn der Beklagte in seiner Person ein das Recht des Klägers ausschließendes Recht behauptet, nicht schon dann, wenn er das Recht des Klägers nur bestritten hat.

[22] Die durch die litis contestatio begründete exceptio rei in iudicium deductae verwandelt sich mit dem Urtheil in die exceptio rei iudicatae. Nach Lenel Edictum perpetuum S. 403 gab es nur Eine einheitliche exceptio: die exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae.

Sache die negative Function[22a]. In fortschreitender Entwicklung aber hat das römische Recht erkannt, daß die bezeichnete Regel nicht im Stande sei, der Rechtskraft des Urtheils vollständige Geltung zu verschaffen, und es ist diejenige Regel zur Geltung gelangt, welche im Vorhergehenden entwickelt worden ist — s. g. positive Function der Einrede der abgeurtheilten Sache[23]. Jedoch ist diese positive Function nicht unbestritten; von Anderen wird behauptet, daß das römische Recht über die negative Function nie hinausgekommen sei[23a]. Unter denjenigen sodann, welche

[22a] In nicht glücklicher Weise. Vgl. Windscheid die Actio ꝛc. ꝛc. S. 110 fg.

[23] Die Betrachtung, von welcher das römische Recht ausgegangen ist, ist folgende sehr nahe liegende: kein Kläger kann über den in den Proceß eingeführten Anspruch ein zweites Urtheil begehren; denn entweder ist für ihn entschieden worden, dann hat er in dem Urtheil seine Befriedigung — oder es ist gegen ihn entschieden worden, dann verdient er keine Befriedigung. Man wurde jedoch bald auf Fälle aufmerksam, in denen der Satz sich als trügerisch erwies, daß der siegreiche Kläger durch das erstrittene Urtheil Befriedigung habe, in denen der siegreiche Kläger trotz des Urtheils sich genöthigt sah, auf den früher geltend gemachten Anspruch zurückzukommen. In solchen Fällen half man sich damit, daß man dem Kläger gegen die exceptio rei iudicatae eine replicatio rei secundum se iudicatae gab; von derselben ist noch die Rede in l. 9 § 1 D. h. t., l. 16 § 5 D. de pign. 20. 1, vgl. auch l. 9 pr. D. h. t. Noch entscheidender aber trat das Ungenügende jener Auffassung hervor, als man sich zum Bewußtsein zu bringen begann, daß die auctoritas rei iudicatae verletzt werden könne, auch ohne daß der abgewiesene Kläger mit dem nämlichen Anspruch auftrete, wenn z. B. der in der Eigenthumsklage besiegte Beklagte seinerseits auf Eigenthum klage. In solchen Fällen lag über den jetzt vorgebrachten Anspruch eben kein Urtheil vor; sollte er deßwegen zugelassen werden? Nein, sagte man; denn durch das frühere Urtheil ist der jetzt vorgebrachte Anspruch mit aberkannt. So hatte man auch in diesen Fällen eine exc. rei iudicatae, nur eine exc. rei iudicatae ganz anderen Sinnes, eine Einrede nicht der gesprochenen, sondern der abgesprochenen Sache.

[23a] „Die Entdeckung der Einrede der Rechtskraft in ihren zwei verwandten, aber verschiedenen, Gestalten oder Functionen ist das glänzende Verdienst des Werks von Keller (§ 28. 29. 30)". So Savigny VI S. 20. In der neueren Zeit ist aber diese Keller'sche, durch ihn für lange Zeit zur allgemeinen Herrschaft gelangte Lehre bestritten worden von Bekker in seiner Schrift über processualische Consumption (namentlich S. 13 fg. 132 fg.), s. auch Aktionen des röm. Privatrechts I S. 349 fg. (vgl. unten); ihm sind gefolgt Dernburg Heid. krit. Zeitschr. II S. 347 fg. und Preuß. Privatr. I § 136,

für das classische römische Recht die doppelte Function der Einrede der abgeurtheilten Sache anerkennen, ist Streit darüber, ob die negative Function noch im Justinianischen bez. heutigen Rechte ihre Geltung behalten habe[24]. Ueberwiegende Gründe sprechen

Brinz § 45. 46, Rudorff röm. RGesch. II S. 262 Note 5, Westerburg Arch. für prakt. RW. N. F. IX S. 374 fg. Diese Schriftsteller sehen in der exc. rei iudicatae lediglich ein weiteres Organ der processualischen Consumtion, und leugnen daher die positive Function ganz. Ihre Lehre scheitert aber an dem nachgewiesenen Umfang derselben. S. Windscheid die Actio ꝛc. ꝛc. § 10 namentlich S. 104 fg., Krüger S. 136 fg., Bethmann-Hollweg röm. Civilproz. II S. 636 fg., Kleinschrod processualische Consumtion und Rechtskraft des Civilurtheils S. 215 fg. In seiner Schrift über die Aktionen a. a. O. will jetzt Bekker „das Vorkommen einer auf den materiellen Inhalt einer Sentenz Bezug nehmenden Exception" „nicht gerade unter die Unmöglichkeiten stellen"; aber dieß sei keine auf res iudicata formulirte und technisch exceptio rei iudicatae geheißene Einrede gewesen, auch dürfe eine Einrede dieser Art nur „in den wenigen Fällen" anerkannt werden, wo sie von den Quellen direct bezeugt sei. Vermittelnd auch Westerburg a. a. O. S. 383 fg., Dernburg I S. 368. Brinz in der zweiten Aufl. seines Lehrbuchs § 96, indem er an der lediglich negativen Function der exc. rei iudicatae festhält, bestreitet jetzt, daß dieselbe Organ der processualischen Consumtion sei; sie mache zwar die Thatsache, nicht den Inhalt des Urtheils, aber die Thatsache des Urtheils ohne Vermittelung der processualischen Consumtion geltend. Dieser Gedanke findet sich in der Schrift von Rümelin, zur Lehre von der exceptio rei iudicatae, Tübingen 1875, dahin zugespitzt, daß die exc. rei iudicatae ausschließlich die positive Function habe. Die replicatio rei secundum me iudicatae leugnet Rümelin ganz; die Stellen, in welchen sie vorkommt, enthielten eine „unrichtige Entscheidung". Vgl. über diese Schrift Hayßler in Grünhut's Zeitschr. III S. 179 fg., Hölder krit. VJSchr. XVIII S. 198 fg.

[24] Daß die exc. rei iudicatae in ihrer negativen Function mit der exc. rei in iudicium deductae fortgefallen sei, behaupten Savigny § 282, Wächter Erörterungen III S. 41 fg., Vangerow I § 173 Anm. 1 Nr. III. S. auch F. Bruck die Wirkung des rechtskräftigen Erkenntnisses auf den vom Richter im Erkenntniß übergangenen Zinsenpunkt (1873). Dagegen nehmen eine consumirende Kraft des Urtheils auch für das Justinianische bez. heutige Recht an Bethmann-Hollweg röm. Civilproz. II § 111. III § 156, Wetzell Civilproc. § 47, Unger II S. 682—685 und § 132 Note 4 a, Buchka II S. 211 fg. Diese Ansicht hat praktische Bedeutung für den Fall, wo ein Anspruch nicht in demjenigen Umfang geltend gemacht worden ist, in dem er geltend gemacht werden konnte, in welchem Fall die Frage entsteht, ob das Erkenntniß über den Anspruch in der Begrenzung, wie er vorgebracht worden ist, die Möglichkeit ausschließt, das im ersten Processe nicht Geforderte in einem zweiten Processe nachzufordern. Vom Standpunkt der bezeichneten

für die Verneinung dieser Frage bereits nach Justinianischem Recht[24a]; für das heutige Recht steht ihre Verneinung theils fest[25], theils kann sie kaum zweifelhaft sein[26].

Ansicht muß die Ausschließung behauptet werden, in gleicher Weise, wie sie von den Anhängern der bloß negativen Function der exc. rei iudicatae behauptet wird, vgl. in dieser Beziehung namentlich Westerburg Arch. f. prakt. RW. N. F. IX S. 225 fg. 337 fg. X S. 29 fg. So ist auch erkannt worden Seuff. Arch. VI. 165, VII. 14, XII. 92, XVIII. 175, XXII. 264. Anders das. XXXVI. 16 (RG.), XXXVIII. 93.

[24a] Zuzugeben ist, daß aus dem Wegfall der consumirenden Kraft der Litiscontestation der Wegfall der consumirenden Kraft des Urtheils nicht mit Nothwendigkeit folgt. Das römische Recht konnte jene fallen lassen, und diese festhalten; es sind zwei verschiedene Sätze: über dieselbe Sache nicht zwei Gerichte, und: über dieselbe Sache nicht zwei Urtheile. Aber eine andere Frage ist, ob das entwickelte römische Recht das Princip der processualischen Consumtion überhaupt in der Strenge aufrecht erhalten hat, daß dadurch nicht bloß eine zweite Klage über das Aberkannte, sondern auch eine zweite Klage über Dasjenige ausgeschlossen werden sollte, über welches in dem ersten Proceß gar nicht verhandelt worden war. Hat das römische Recht feststehendermaßen das Consumtionsprincip in der Sache aufgegeben, so weit es den Kläger hinderte, das ihm Zuerkannte zu verfolgen: konnte es dann nicht weiter gehen, und das Consumtionsprincip aufgeben auch zu Gunsten des dem Kläger nicht Aberkannten? Und es ist schwer, diese Frage zu verneinen Angesichts von Entscheidungen, wie sie sich finden in l. 13 pr. D. de inst. act. 14. 3, l. 30 § 4 D. de pec. 15. 1, l. 1 § 10 D. quando de pec. 15. 2, l. 46 § 5 D. de adm. tut. 26. 7, l. 2 C. de iud. 3. 1. Geht aus diesen Stellen nicht hervor, daß das Urtheil der Nachforderung des in dem ersten Processe nicht Geforderten dann nicht entgegenstehen soll, wenn der Kläger es deßwegen nicht gefordert hat, weil er nicht wußte, daß es ihm gebühre, oder weil es ihm zu jener Zeit noch nicht gebührte? Von der anderen Seite beruft man sich nun zwar auf l. 4 C. dep. 4. 34, l. 4 § 3 D. de nox. act. 9. 4, l. 1 C. si adv. rem iud. 2. 26 [27], l. 4 C. de iud. 3. 1, l. 3 C. de fruct. et lit. exp. 7. 51. Aber die Bestimmung der letzten Stelle ist offenbar rein positiver Natur, und den übrigen Stellen gegenüber bleibt die Annahme möglich, daß sie (in ihrem ursprünglichen Sinn oder im Zusammenhang der Compilation) zu beziehen seien entweder auf einen Fall des Nichtforderns im Bewußtsein der Zuständigkeit des Rechts zum Fordern, oder auf den Fall des Sichberuhigens bei dem ergangenen Urtheil trotz der Nichtzuerkennung des Geforderten (vgl. l. 13 C. de usur. 4. 32). Hiernach würde es sich für das heutige Recht nur darum handeln, ob der Schnörkel der replicatio gegen die an und für sich begründete exc. rei iudicatae noch aufrecht zu erhalten sei, wofür sich wohl Niemand begeistern wird. Vgl. Reyscher Zeitschr. f. d. deutsch. R. XVII S. 1 fg. (1857) und, was den Fall der Nichtzuerkennung des Geforderten angeht, einerseits Savigny VI S. 301 fg., andererseits

§ 131.

In demselben Umfange, in welchem die wiederholte Vorbringung eines in einem früheren Urtheil zurückgewiesenen Punktes ausgeschlossen ist, in demselben Umfange ist auch ausgeschlossen die Bestreitung eines in einem früheren Urtheil anerkannten[1]. Aus der Geltendmachung dieser Seite der Rechtskraft ergibt sich zwar keine Einrede, da die Einrede ihrem Begriffe nach nur gegen

---

Bruck a. a. O. S. 38 fg., Westerburg S. 266 fg., Seuff. Arch. I. 369, X. 297, XXXVI. 16 (RG.), XXXVIII. 93. — Wächter Erörter. III S. 42. 49. 55 (vgl. Württ. Privatr. II § 51 Note 15. 16), obgleich er die negative Function der exc. rei iudicatae für das neueste römische und heutige Recht verwirft, kommt doch, was die besondere hier behandelte Frage angeht, zu dem gleichen Resultat wie die oben genannten Schriftsteller (vgl. auch Savigny VI S. 304 in Verbindung mit S. 452), auf Grund der Annahme, daß jedes Urtheil, indem es zuerkenne, was es zuerkenne, das Mehr aberkenne. Aber ist das nicht ein Rückfall in die Lehre von der consumirenden Kraft des Urtheils, und darf man sagen, daß ein Urtheil die Macht oder auch nur den Willen habe, über Etwas zu erkennen, was gar nicht gefordert worden ist? Vgl. Seuff. Arch. XII. 91; anders X. 296, XIX. 191, XXII. 264, Westerburg a. a. O. S. 252 fg.

[25] Für den Fall, daß nach Einklagung der Hauptforderung eine Nebenforderung geltend gemacht wird. Einführungsgesetz zur CPO. § 14 Nr. 5.

[26] Mandry S. 285. Mit Recht schreibt derselbe der vorgenannten Vorschrift principielle Bedeutung zu. S. auch Ruhstrat Arch. f. civ. Pr. LXV S. 281 fg.

[1] Dieser Satz, welcher sich unmittelbar aus dem Wesen der Rechtskraft ergibt, ist deßwegen nicht weniger sicher, weil er in den Quellen bei weitem weniger hervorgehoben wird, als sein Gegenstück. Vgl. l. 11 § 3 l. 12 D. de iurei. 12. 2, l. 8 § 1 D. de in ius. voc. 2. 4, l. 15 § 2 D. de inoff. 5. 2, l. 1 § 16 l. 2 D. de agnosc. 25. 3, l. 50 § 1 D. de leg. I° 30, l. 12 § 3 D. de bon. lib. 38. 2, l. 6 D. si ingen. 40. 14, l. 18 D. de exc. 44. 1. Windscheid die Actio ꝛc. S. 109—112, Unger II S. 672 fg. Die Gründe, aus denen Pfeiffer Arch. f. civ. Pr. XXXVII. S. 93 fg. 244 fg. diese Wirkung des Urtheils bestritten hat, sind ungenügend; vgl. Windscheid a. a. O. S. 109 Note 50, dagegen aber wieder für das classische Recht Dernburg Pfandrecht I S. 558 und Preuß. Privatr. I § 137 Note 11 (17), überhaupt Westerburg Arch. f. prakt. RW. N. F. IX S. 376 fg. Daß diese Wirkung des Urtheils nicht zur vollständigen Anerkennung gelangt sei, behauptet Krüger S. 174 fg., s. auch Brinz 2. Aufl. § 99. Uebereinstimmend mit dem hier Vorgetragenen Seuff. Arch. I. 282, VI. 67, VIII. 304, IX. 336, XXV. 183, XXVII. 68. 69, XXIX. 82; dagegen, in einem allerdings besonderen Falle, IV. 226. § 131.

eine Behauptung möglich ist; es ist jedoch das Wesen des hier stattfindenden Verhältnisses kein anderes, als in dem zuvor betrachteten Fall. Wie dort die Behauptung, so wird hier die Bestreitung durch die Berufung auf das rechtskräftige Urtheil gelähmt; in Folge davon gilt sie als nicht gemacht, und der Richter legt das bestrittene Recht seinem Urtheil zu Grunde, als wäre eine Bestreitung nicht erfolgt[2]. Im Einzelnen ist zu erwähnen, daß in der Zuerkennung des Ganzen eine Zuerkennung des Theils ebenso liegt, wie dieß oben von der Abweisung bemerkt worden ist; daß ebenso ein zuerkanntes Recht auch dann nicht weiter bestritten werden kann, wenn auf Grund desselben etwas Anderes in Anspruch genommen wird[3], oder wenn es einem Anspruch des Gegners als Einrede entgegengesetzt wird[4].

§ 132.

Die Rechtskraft des Urtheils wirkt nur zwischen den Parteien, zwischen welchen dasselbe ergangen ist; Dritten kann das Urtheil weder in seiner negativen Wirkung (§ 130), noch in seiner positiven (§ 131) entgegengesetzt werden[1]. Die Dritten müßten denn das Urtheil als für sich wirkend anerkannt haben, was nicht bloß hinterher, sondern auch im Voraus, nicht bloß ausdrücklich, sondern auch stillschweigend geschehen kann[2]. Aber auch abge-

[2] Das Urtheil steht also dem Geständniß gleich: es begründet eine Ausnahme von dem Satz, daß das Bestrittene für den Richter nicht vorhanden sei, bis der Behauptende es bewiesen habe. Man kann auch sagen, das Urtheil begründe eine praesumtio iuris et de iure (§ 133 Note 10).

[3] Z. B. auf Grund des zuerkannten Eigenthums die Früchte der Sache, l. 18 i. f. D. de exc. 44. 1.

[4] Z. B. eine zuerkannte Forderung als Compensationseinrede.

§ 132. [1] L. 2 C. quib. res iud. 7. 56. „Res inter alios iudicatae neque emolumentum afferre his, qui non iudicio interfuerunt, neque praeiudicium solent irrogare". L. 7 § 4 D. h. t. „Et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur". L. 1. 3. 22. 29. eod., l. 63 D. de re iud. 42 1, l. 2 C. de exc. 8. 35 [36]. Zu l. 29 cit. vgl. Bergas Zeitschr. f. RG. XII S. 184 fg.

[2] Eine im Voraus und stillschweigend abgegebene Anerkennung liegt vor, „cum quis de ea re, cuius actio vel defensio primum sibi competit, sequentem agere patiatur, veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate

sehen von der Anerkennung muß derjenige, welcher sein Recht von einem Andern ableitet, sich das gegen diesen Anderen gesprochene Urtheil gefallen lassen[3]; wogegen er aber auch umgekehrt sich auf das für denselben gesprochene Urtheil berufen kann. Ferner gibt es einige mehr positive Ausnahmen von der aufgestellten Regel. 1. Wenn ein Recht ungetheilt mehreren Personen oder gegen mehrere Personen zusteht, so wirkt das von dem einen Mitberechtigten oder dem einen Mitverpflichteten erstrittene Urtheil auch zu Gunsten des anderen Mitberechtigten und des anderen

rei in dotem acceptae, aut possessor venditorem de proprietate rei emtae", l. 63 D. de rei iud. 42. 1. Anders wenn „ex duobus heredibus debitoris alter condemnatur: nam alteri integra defensio est, etiamsi cum coherede suo agi scierit". Der Unterschied liegt darin, „quod, qui scit coheredem suum agere, prohibere eum, quominus uti velit propria actione vel defensione utatur, non potest; is vero, qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei quamvis inter alios iudicatae summovetur, quia voluntate eius de iure, quod ex persona agentis habuit, iudicatum est (l. 63 cit.). Vgl. c. 25 X. de sentent. 3. 27. Keller Litisconteſt. und Urtheil S. 368 fg., Savigny VI S. 476—479, Freudentheil Arch. f. civ. Pr. XLII S. 84 fg., K. Binding das. XLVII S. 259 fg. (welcher den Pfandfall der Stelle gut aus der alten fiducia erklärt, vgl. l. 3 pr. D. de pign. 20. 1, l. 11 § 10 D. h. t. und die Worte der Stelle „qui priorem dominum defendere causam patitur"). Seuff. Arch. VII. 170. Hierher ist auch der Fall der laudatio auctoris (§ 196 Note 6) zu stellen. CPO. § 73 Abs. 4. Nach römischem Recht gehört hierher auch der Fall der Stellvertretung, da das Urtheil nicht, wie es bei uns der Fall ist, auf den Kopf des Vertretenen, sondern auf den Kopf des Vertreters gestellt wurde. Vgl. l. 4 l. 11 § 7 l. 25 § 2 D. de exc. rei iud. 44. 2 und Keller Litisconteſt. und Urtheil § 39—44.

[3] Das gilt nicht bloß für den Gesammt- sondern auch für den Sondernachfolger, und nicht bloß für den Erwerb durch Rechtsnachfolge, sondern für jeden anderen abgeleiteten Erwerb. L. 9 § 2 l. 11 § 3. 9. 10 l. 28 D. de exc. rei iud. 44. 2, l. 25 § 8 D. fam. erc. 10. 2, l. 3 § 1 D. de pign. 20. 1. Natürlich wird aber vorausgesetzt, daß das Urtheil vor dem abgeleiteten Erwerbe liege: ein späteres Urtheil schadet dem Erwerber ebenso wenig, wie eine spätere das Recht des Urhebers vernichtende Thatsache. L. 11 § 10 l. 29 § 1 D. de exc. rei iud. 44. 2, l. 3 pr. D. de pign. 20. 1. Vgl. Seuff. Arch. VI. 67, VIII. 303. 304. Grundlos ist die Behauptung Dernburg's I § 103 Note 5, daß entscheidend sei nicht die Zeit des Urtheils, sondern die Zeit der Klageerhebung. Er beruft sich auf l. 11 § 10 D. h. t.; aber s. l. 9 § 2 eod. (die mit l. 11 cit. eine Einheit bildet): „petiero et vicero", l. 11 § 3 eod.: „petieris et victus fueris", dann wieder „petissem". CPO. § 665. Veräußerung während des Processes: § 125 Ziff. 1.

Mitverpflichteten[4]. Dagegen wirkt das gegen den einen Mitverpflichteten erstrittene Urtheil gegen den andern Mitverpflichteten nicht[5], und das gegen den einen Mitberechtigten erstrittene Urtheil wirkt gegen den andern Mitberechtigten nur dann, wenn der unterliegende Mitberechtigte zur alleinigen Verfügung über das Recht befugt war[6]. 2. Wenn das persönliche Verhältniß einer Partei im Streite mit derjenigen Person festgestellt worden ist, welche dabei zunächst betheiligt ist, so wirkt diese Feststellung auch gegen Dritte[7].

[4] L. 4 § 3 D. si serv. 8. 5. „Si fundus, cui iter debetur, plurium sit, unicuique in solidum competit actio . . et victoria et aliis proderit". Ebenso hilft nach l. 42 § 3 D. de iurei. 12. 2 das von einem Correalschuldner erstrittene absolutorische Urtheil dem Mitschuldner. S. auch l. 6 § 4 D. nautae 4. 9 (dazu Hartmann Arch. f. civ. Pr. L S. 129 fg.). Daß in gleicher Weise das von einem Correalgläubiger erstrittene Urtheil dem andern Correalgläubiger hilft, darf arg. l. 4 § 3 cit. nicht bezweifelt werden. Doch sind beide zuletzt genannten Sätze nicht allgemein anerkannt, vgl. II § 295 Note 8 und Savigny Obl. I S. 191. Dernburg Preuß. Privatr. I § 138 Note 10. Vgl. CPO. § 753 Abs. 4.

[5] Das Gegentheil wird behauptet für den Fall, wo ein Servitutenanspruch gegen den einen der Eigenthümer des dienenden Grundstücks siegreich durchgeführt wird. So z. B. Savigny VI S. 481, Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 160 fg., Steinlechner das Wesen der juris communio II S. 223 fg. Aber das hieße nichts Anderes, als dem Miteigenthümer das Recht geben, das gemeinschaftliche Grundstück einseitig mit einer Servitut zu belasten. Durch l. 4 § 4 D. si serv. 8. 5 wird diese Behauptung nicht bewiesen. Dagegen auch Seuff. Arch. XXXI. 74, XXXVI. 265. Ebenfalls dagegen Rümelin die Theilung der Rechte S. 69.

[6] So wirkt die Abweisung des einen Correalgläubigers auch gegen den anderen Correalgläubiger, arg. l. 28 pr. D. de iurei. 12. 2; doch ist auch dieses bestritten, s. II § 295 Note 8. Anders bei der untheilbaren Obligation, II § 299 Note 10. Ebensowenig wirkt die Abweisung des einen Miteigenthümers, welcher für das gemeinschaftliche Grundstück eine Servitut in Anspruch genommen hat, gegen den andern Miteigenthümer. Das Gegentheil sagt nicht l. 19 D. si serv. 8. 5, auch nicht l. 30 [31] § 7 D. de neg. gest. 3. 5. Wächter Württ. Privatr. II § 73 Note 80. Auch hier aber wird das Gegentheil behauptet, s. die in der vorigen Note Genannten, Elvers Servitutenlehre S. 800. Vgl. CPO. § 753 Abs. 4.

[7] Wenn die Vaterschaft dem Vater gegenüber festgestellt ist, ist sie auch den Geschwistern gegenüber festgestellt, l. 1 § 16 l. 2 D. de agnosc. 25. 3; ist dem Kinde gegenüber festgestellt, daß Jemand nicht Vater sei, so kann derselbe das Kind auch nicht von einem Dritten abfordern, l. 1 § 4 D. de lib. exh. 43. 30. Gleiche Kraft ist dem Urtheil beizulegen, wenn die Existenz einer Ehe zwischen den Ehegatten festgestellt oder negirt worden ist. Bei den

3. Das zwischen dem gesetzlichen und dem Testamentserben über die Gültigkeit des Testaments ergangene Urtheil ist maßgebend auch für die Vermächtnißnehmer[8], und überhaupt für Alle, für oder gegen welche sich aus der Gültigkeit oder Ungültigkeit des Testaments Ansprüche ergeben[9]. 4. Ist auf Grund eines Notherbenrechts von Jemandem, welchem dieses Notherbenrecht nicht zusteht, ein das Testament umstoßendes Urtheil erwirkt worden, so kann sich darauf der wirkliche Notherbe berufen[10].[11]

Anhang. Der Beweis.

§ 133.

Die Lehre vom Beweise ist keine Lehre des materiellen Rechts, sie gehört dem Proceßrechte an. Aber sie hat Seiten, welche zu dem materiellen Rechte in unmittelbarer Beziehung stehen. Diese sind hier darzustellen.

1. Wer muß beweisen[1]? Der Kläger muß diejenigen That-

Römern gehörte auch der Fall der Freiheit und Freigeborenheit hierher, l. 25 D. de statu hom. 1. 5, l. 42 pr. D. de nox. act. 9. 4, l. 14 D. de iure patr. 37. 14, l. 5 C. de ord. cogn. 7. 19. In allen diesen Fällen wirkt jedoch das Urtheil gegen Dritte nicht so weit, daß denselben benommen wäre, zu behaupten, daß sie selbst die bei dem Rechtsverhältniß unmittelbar Betheiligten seien. So kann das Urtheil über die Vaterschaft nicht demjenigen entgegengesetzt werden, welcher selbst behauptet, der wahre Vater zu sein. Vgl. l. 42 D. de lib. causa 40. 12, l. 1. 5 D. si ingen. 40. 14. Keller Litiscont. und Urtheil § 47, Wächter Württ. Privatr. II S. 571, Buelow de praeiudicialibus formulis (Wratislaviae 1859) p. 49 sqq. Enger Savigny VI S. 472—473, Wetzell Civilproc. § 47 Note 34 fg., Renaud Civilproc. § 160 Note 21. Seuff. Arch. III. 388, XXXVI. 82.

[8] L. 3 pr. D. de pign. 20. 1, l. 14 D. de appell. 49. 1, l. 50 § 1 D. de leg. I° 30, l. 8 § 16 l. 17 § 1 D. de inoff. test. 5. 2, l. 12 pr. § 2 C. de P. H. 3. 31.

[9] L. 50 § 1 i. f. D. de leg. I° 30, l. 15 § 2 D. de inoff. 5. 2. Vgl. Wetzell Civilproc. § 47 Note 33. Vgl. III § 584 Note 19.

[10] L. 6 § 1 D. de inoff. test. 5. 2. Vgl. III § 584 Note 26.

[11] Ueber die Wirkung des Urtheils über eine im Concurs geltend gemachte Forderung für die sämmtlichen Concursgläubiger s. KO. § 135 (§ 133 Abs. 2). Mandry S. 287.

[1] Aus der Literatur über die Lehre von der Beweislast ist hier hervor- § 133.
zuheben: Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß Nr. VI (1805, 3. Ausg. besorgt von Hefftter 1845). Bethmann-Hollweg Versuche Nr. V (1827). Hefftter in den Zusätzen zu der angeführten Schrift

sachen[2] beweisen[3], welche er zur Begründung des von ihm geltend gemachten Anspruchs behaupten muß[4]. Zu behaupten braucht er aber: a) nur solche Thatsachen, welche den geltend gemachten An-

von Weber S. 202 fg. [1845]. H. Gerber Beiträge zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast (1858). Langenbeck die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten II S. 248—358 (1869). Maxen über Beweislast, Einreden und Exceptionen (1861). Burckhard die civilistischen Präsumtionen S. 125—165 (1866). Unger II S. 555 fg. Wetzell Civilproc. § 15.

[2] Rechtssätze bilden keinen Gegenstand des processualischen Beweises. Aufgabe der Parteien ist Herbeischaffung der Thatsachen; die Rechtsregeln thut der Richter aus dem Seinigen dazu. Iura novit curia. Allerdings gibt es Fälle, in welchen die officielle Kenntniß eines Rechtssatzes dem Richter nicht zugemuthet werden kann (z. B. wenn der Rechtssatz einem der Zeit oder dem Ort nach entlegenen Recht oder dem Gewohnheitsrecht angehört); in solchen Fällen muß freilich die Partei, welche Anwendung dieses Rechtssatzes verlangt, dem Richter Ueberzeugung von demselben verschaffen; aber das ist kein processualischer, nach den Regeln des Proceßrechts zu führender Beweis. Vgl. § 14 Note 3. 4, § 17 Note 2. Wetzell Civilproc. § 20 Nr. 2, Bayer Vortr. S. 681—684. CPO. § 265.

[3] Vorausgesetzt, daß sie bestritten und bestreitbar sind. Was nicht bestritten (was vor Gericht in diesem Proceß zugestanden) ist, muß der Richter ohne Weiteres seinem Urtheil zu Grunde legen, ganz abgesehen davon, ob er von der Wahrheit desselben überzeugt ist oder nicht; es genügt, daß die Partei will, daß es als wahr angenommen werde (CPO. § 261). Unbestreitbar sind einmal die s. g. notorischen Thatsachen (CPO. § 264), sodann diejenigen, deren Bestreitung eine Rechtsregel verbietet, z. B. die durch rechtskräftiges Urtheil festgestellten (vgl. Note 11). Ueber das Geständniß s. Bethmann-Hollweg Versuche Nr. IV, Savigny VII § 303—308; über die Notorietät Wetzell Civilproc. § 20 Nr. 3, Bayer S. 719 fg.

[4] Das Princip der Beweislast ist ein sehr einfaches: beweisen muß, wer behauptet, nicht wer bestreitet. „Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat" (l. 2 D. de prob. 22. 3); — „cum per rerum naturam factum negantis nulla probatio est" (l. 23 C. eod. 4. 19). Deßwegen liegt der Beweis zunächst dem Kläger ob, da dieser zunächst der Behauptende ist, nicht dem Beklagten. „Semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit" (l. 21 D. h. t., l. 8. 20 C. eod.). Aber in der Einrede behauptet auch der Beklagte; daher „in exceptionibns dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere" (l. 19 pr. l. 25 § 2 D. h. t.). Die Frage ist nur, wie viel jede Partei behaupten muß, um zum Siege zu gelangen. Was man gewöhnlich die Frage nach der Beweislast nennt, ist eigentlich die Frage nach der Behauptungslast. — Ein böses Mißverständniß des Satzes „ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat" ist es, wenn man unter negare nicht Bestreitung einer gegnerischen Behauptung, sondern Behauptung einer nega-

spruch zu begründen im Stande sind, nicht solche, aus welchen seine gegenwärtige Existenz hervorginge. Thatsachen dieser letzteren Art gibt es nicht; beruft sich der Gegner darauf, daß der einmal entstandene Anspruch gegenwärtig nicht mehr existire, so ist es an ihm, Thatsachen zu behaupten und zu beweisen, welche den Anspruch aufzuheben im Stande waren[5]. b) Dem Anspruch kann, obgleich er begründet ist, eine Thatsache entgegenstehen, welche seine Wirksamkeit hemmt; es ist nicht an dem Kläger, die Abwesenheit solcher Thatsachen zu behaupten und zu beweisen, sondern der Beklagte muß ihr Dasein behaupten und beweisen[6]. c) Eine Thatsache kann einen Anspruch zu begründen an und für sich im Stande sein, ohne daß sie ihn unter allen Umständen erzeugt, ihrer rechtserzeugenden Kraft können sich Hindernisse entgegenstellen; für solche Hindernisse gilt dasselbe, was zuvor bemerkt wurde, es muß nicht der Kläger ihre Abwesenheit, sondern der Beklagte ihr Dasein behaupten und beweisen[7]. — Für die Vertheidigung des Beklagten sind die gleichen Grundsätze maßgebend, wie für den Angriff des Klägers. Auch der Beklagte braucht nur diejenigen Thatsachen zu behaupten und zu beweisen, welche an und für sich fähig sind, die zur Vertheidigung angerufene rechtliche Wirkung zu einer an für sich begründeten zu machen, mag diese Wirkung ein eigener Anspruch sein, wie z. B. bei der Compensationseinrede, oder Wiederauf-

---

tiven Thatsache versteht. Was eine Partei behaupten muß, muß sie auch beweisen, ohne Unterschied, ob es eine positive oder negative Thatsache ist. Vgl. Bethmann-Hollweg Versuche S. 324—331. — Aenderung der Beweislast bei der negativen Feststellungsklage: Entsch. des RG. IX S. 337 (= Seuff. Arch. XXXVIII. 297).

[5] L. 12 D. l. 1 C. h. t.

[6] Mit anderen Worten: Einreden im civilrechtlichen Sinne (römische exceptiones) muß der Beklagte beweisen. Vgl. Note 4.

[7] Mit anderen Worten: auch die Einreden im processualischen Sinne muß der Beklagte beweisen. Beispiel: wer sich auf eine Willenserklärung beruft, braucht nicht die Geistesgesundheit ihres Urhebers nachzuweisen, der Gegner muß den Wahnsinn darthun (l. 5 C. de codic. 6. 36); ebensowenig braucht er die Nichtzurücknahme der Willenserklärung zu beweisen, der Beweis der Zurücknahme trifft den Gegner (l. 22 D. h. t., l. 22 D. de leg. II° 31, l. 11 § 12 D. de leg. III° 32); der Vermächtnißnehmer braucht nicht zu beweisen, daß die Vorschrift des Falcidischen Gesetzes nicht Platz greife, der beschwerte Erbe muß darthun, daß sie Anwendung finde (l. 17 D. h. t.).

hebung des klägerischen Anspruchs, oder Lähmung seiner Wirksamkeit, oder Ausschließung seiner Entstehung. Und wie die Vertheidigung des Beklagten, ist natürlich auch die Gegenvertheidigung des Klägers zu behandeln u. s. w. — Wie aber in Gemäßheit der hier aufgestellten Regeln im einzelnen Fall das zu behauptende und zu beweisende Material unter die Parteien zu vertheilen sei, und namentlich was dazu gehöre, damit man sagen könne, eine rechtliche Wirkung sei an und für sich begründet und nur gehemmt, und damit von einer an und für sich wirkenden Thatsache geredet werden könne: das sind Fragen, die nur aus der besonderen Natur der zur Frage stehenden Rechtsverhältnisse beantwortet werden können, und dieß eben ist die civilrechtliche Seite der Lehre von der Beweislast, wegen deren es nothwendig war, hier ihre Principien darzulegen[8].

2. Was die Beweisgründe und Beweismittel angeht, so ist darüber an diesem Orte Folgendes zu bemerken.

a. Der Beweis kann unter Anderem[9] geführt werden durch Verweisung auf Schlüsse aus anderen feststehenden Thatsachen, in welchem Falle man von einem indirecten (künstlichen) oder Vermuthungsbeweise spricht. Solche Schlüsse sind entweder der eigenen Einsicht des Richters überlassen, oder sie sind vom Rechte einerseits autorisirt und andererseits dem Richter zur Pflicht gemacht[10]. In welchen Fällen dieß Letztere der Fall sei, ist wieder eine im

[8] Eine Reihe von hierher gehörigen Fällen ist zusammengestellt bei Unger II § 123 Note 22—25 und S. 468—471. § 129 Note 28—33a und S. 572—577, ferner bei Mayen S. 109 fg.

[9] Außerdem durch Verweisung auf eigene sinnliche Wahrnehmung oder auf glaubwürdige Aussagen anderer Personen (Beweis durch Augenschein, Zeugen, Sachverständige, Urkunden, Eid).

[10] In diesem Falle spricht man von einer Rechtsvermuthung, s. g. praesumtio iuris im Gegensatze zur praesumtio facti s. hominis. Vgl. über die Rechtsvermuthungen: Unger § 130 und die neueste (etwas breite, aber sonst gute) Darstellung von Burckhard, die civilistischen Präsumtionen (1866). Wächter I § 101. — Die CPO. hat die in den Landesrechten aufgestellten Rechtsvermuthungen ausdrücklich für nicht aufgehoben erklärt. Einführungsgesetz § 16 Ziff. 1, vgl. § 14 Ziff. 3. — Bei den Rechtsvermuthungen findet noch der Unterschied statt, daß das Recht entweder den Gegenbeweis zuläßt, daß der von ihm autorisirte Schluß in dem vorliegenden Falle nicht zutreffe, oder daß es diesen Gegenbeweis ausschließt. In dem letzteren Falle spricht man von einer praesumtio iuris et de iure (sc. contrarii proba-

Civilrecht bei der Darstellung der einzelnen Materien zu beantwortende Frage[11].

b. Durch den Eid des Behauptenden kann der Beweis regelmäßig nur dann geführt werden, wenn die Gegenpartei sich damit zufrieden erklärt hat, daß seinem Eide geglaubt werde[12], oder wenn der Richter ihm die Ergänznng eines unvollständigen Beweises durch Eid gestattet[13]. Ausnahmsweise hatte nach römischem Recht der Behauptende in gewissen Fällen das Recht, auch ohne diese Voraussetzungen durch seinen Eid zu beweisen[14]. Dieses Recht ist durch die Reichscivilprozeßordnung aufgehoben worden[15].

---

tionem non admittens). Vgl. c. 30 X. de spons. 4. 1, übrigens auch Burckhard S. 369 fg.

[11] Beispiele von (widerlegbaren) Rechtsvermuthungen in: l. 12 D. de statu hom. 1. 5. in Verbindung mit l. 6 D. de his qui sui 1. 6 (§ 56b Note 1. 2), l. 3 C. de apoch. publ. 10. 22 (II § 344 Ziff. 3). — Von Rechtsvermuthungen wird übrigens auch da gesprochen, wo ein Rechtssatz, ohne eine Schlußfolgerung zu autorisiren, vorschreibt, daß eine gewisse Thatsache ohne Beweis als feststehend angenommen werden soll. Beispiele in: l. 9 § 1. 4 l. 22. 23 D. de reb. dub. 34. 5, l. 26 pr. D. de pact. dot. 23. 4 (§ 53 Note 5), l. 51 D. don. i. v. e. u. 24. 1 (II § 509 Note 36).

[12] S. g. iusiurandum voluntarium, Haupt- oder Schiedseid. Vgl. Savigny VII § 309—314. CPO. § 410 fg.

[13] S. g. iusiurandum suppletorium, Erfüllungseid. Ist nicht das Uebergewicht des Bewiesenen auf Seite des Behauptenden, so erkennt der Richter in gleicher Weise auf Wegräumung des gelieferten Anfangs von Beweis durch den Eid des Leugnenden, s. g. iusiurandum purgatorium, Reinigungseid. Für beide Eide braucht man heutzutage den Ausdruck iusiurandum necessarium. CPO. § 437.

[14] Iusiurandum in litem, Schätzungs- oder Würdigungseid. Dig. 12. 3, Cod. 5. 53 de in litem iurando. Schröter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII S. 356 fg. VIII S 159. 160, Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht III S. 259—265. Glück XII S. 398—482, Vangerow I § 171, Sintenis II S. 80—90, Wetzell Civilproc. § 28 Nr. 1. Das iusiurandum in litem griff Platz bei den auf restituere und exhibere gerichteten actiones arbitrariae und bonae fidei, wenn der Anspruch durch Arglist des Beklagten unerfüllt blieb. Das Nähere in den früheren Ausgaben.

[15] CPO. § 260. „Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei, und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freiem Ermessen . . . Das Gericht kann anordnen, daß der Beweisführer den Schaden oder das Interesse eidlich schätze. In diesem Fall hat das Gericht zugleich den Betrag zu bestimmen, welchen die eidliche Schätzung

V. Cautionen*.

§ 134.

Außer dem in den vorigen §§ dargestellten gerichtlichen Schutz gibt es noch andere Mittel, welche den Zweck haben, die Verwirklichung des einem Rechte entsprechenden Zustandes zu sichern. Man faßt sie zusammen unter der allgemeinen Bezeichnung Cautionen. Dieselben haben im Einzelnen eine verschiedene Richtung.

1. Es soll dadurch das Recht der Möglichkeit wirksamer Bezweifelung entzogen werden[1]. Diesem Zwecke dienen vor Allem die Beweismittel[2]; es gehört dahin aber auch die Zusammenfassung des vorhandenen Rechtsverhältnisses in einen neuen, seinen Inhalt und seine Begrenzung feststellenden Vertrag[3] (s. g. Verbalcaution).

2. Es soll dadurch der gute Wille des Verpflichteten gesichert werden. Zu diesem Ende dienen Strafversprechen[3a] und Eid[4].

---

nicht übersteigen darf. Die Vorschriften über den Schätzungseid werden aufgehoben".

* Wächter Württ. Privatr. II § 52, Sintenis I § 35.

§ 134. [1] Vgl. Bähr Anerkennung § 1. 2.

[2] Für den Sprachgebrauch der Quellen: l. 2 § 1 D. de pactis 2. 14: „si debitori meo reddiderim cautionem" —; l. 47 § 1 eod.: „instrumentum . . cuiuscunque summae . . cautiones ex quocunque contractu" —; l. 15 D. de prob. 22. 3: „cautione exsoluti fideicommissi". Andere Stellen für Dieses und das Folgende bei Gneist formelle Verträge S. 233 fg.

[3] Vgl. II § 412a. Nach römischem Rechte diente zu diesem Zwecke der Stipulationsvertrag. Deßwegen heißt auch die Stipulation cautio, und selbst dann, wenn durch sie das Rechtsverhältniß erst erzeugt wurde (z. B. cautio damni infecti). Gewöhnlich wurde über die Stipulation eine Urkunde errichtet; daraus entsteht die Bedeutung von cautio = Stipulationsurkunde. Vgl. z. B. l. 31 D. de cond. ind. 12. 6, l. 122 § 5 D. de V. O. 45. 1, l. 6 pr. D. de serv. exp. 18. 7; l. 1 § 4 D. de stip. praet. 46. 5; l. 40 D. de R. C. 12. 1, l. 25 § 4 D. de prob. 22. 3, l. 11 § 2 D. de duob. reis 45. 2. — Nach einer Vorschrift Justinian's soll, wenn (in einem letzten Willen) eine cautio auferlegt sei, darunter nur eine Stipulation verstanden werden, l. 3 C. de verb. et rer. sign. 6. 38. Es unterliegt keinem Zweifel, daß für eine heutzutage Jemandem auferlegte „Sicherheit" diese Interpretationsvorschrift nicht maßgebend sein kann (obgleich Justinian neben den Ausdruck cautio die Ausdrücke securitas, ἀσφάλεια stellt).

[3a] Darüber das Nähere II § 285–286.

3. Es soll dadurch die Verwirklichung des Rechts gegen factische Hindernisse, wobei von vorzugsweiser Wichtigkeit die Unzureichendheit der Vermögensmittel des Verpflichteten ist, gesichert werden (s. g. Realcaution). Diesem Zweck dienen Bürgschaft[5], Pfandbestellung[6], Hinterlegung eines Gegenstandes bei einem unbetheiligten Dritten[7], richterliche Einweisung in den Besitz einer Sache oder eines Vermögens[8], richterliche Arrestverfügung[9] und einstweilige Verfügung[10].

[4] Cautio iuratoria, § 2 I. de satisd. 4. 11. Der Eid tritt hier als promissorischer, nicht als assertorischer auf. Vgl. oben § 83a und II § 283. 324.

[5] Satisdatio, s. g. cautio fideiussoria. L. 1 D. qui satisd. 2. 8, l. 188 § 1 D. de V. S. 50. 16. Vgl. l. 1 § 5—8 D. de stip. praet. 46. 5. Wo Bürgschaft gemäß einer Rechtsvorschrift geleistet werden muß (eine durch Rechtsvorschrift auferlegte cautio nennt man heutzutage cautio necessaria), ist nach römischem Recht der Fiscus befreit, und bei Stadtgemeinden genügt Verbalcaution, l. 1 § 18 l. 6 § 1 D. ut leg. 36. 3, l. 3 § 1. 5 D. si cui plus 35. 3, vgl. l. 2 § 1 D. de fundo dot. 23. 5. Für processualische Cautionen ist diese Bestimmung durch CPO. § 101 beseitigt, ebenso die fernere Bestimmung des römischen Rechts, daß bei diesen Cautionen Grundbesitzern, einschließlich der emphyteutischen Besitzer (l. 15 D. qui satisd. 2. 8, l. 26 § 6 C. de episc. aud. 1. 4, l. 4 § 1 C. de sport. 3. 2, l. 12 pr. C. de prox. sacr. scrin. 12. 19), und solchen Personen, die keinen Bürgen finden können (Nov. 112 c. 2 pr., vgl. jedoch l. 7 § 2 D. qui satisd. 2. 8), die Bürgschaft gegen eidliches Versprechen erlassen werden solle. Für das römische Recht vgl. noch l. 17 pr. C. de dign. 12. 1, l. 12 pr. C. de prox. sacr. scrin. 12. 19, l. 3 § 3 C. de privil. schol. 12. 29 [30]. Uebrigens dehnen diese Bestimmung des römischen Rechts in Betreff der processualischen Cautionen die Erkenntnisse in Seuff. Arch. XV. 105, XXIV. 131 und die das. citirten Schriftsteller auf die cautio usufructuaria (§ 204 Note 6) aus. Vgl. l. 6 D. si cui plus 35. 3,

[6] S. g. cautio pigneraticia. L. 1 § 9 D. de coll. 37. 6, l. 4 § 8 D. de fideic. lib. 40. 5.

[7] Sequestratio. Dieselbe kann sowohl durch die Parteien, als durch den Richter erfolgen. L. 17 D. dep. 16. 3, l. 110 D. de V. S. 50. 16, l. 22 § 8 D. sol. matr. 24. 3, l. 3 § 6 D. de lib. exh. 43. 30. Vgl. II § 380.

[8] Missio in possessionem. Dig. 42. 4 quibus ex causis in possessionem eatur. Aus der Nichtzulassung oder Verdrängung des Eingewiesenen entsteht für denselben ein Anspruch auf Leistung des Interesse, l. 1 pr. — § 5 D. ne vis fiat ei 43. 4. S. II § 469 Ziff. 1.

[9] Personal- oder Realarrest. Jemandem wird die Verfügung über seine eigene Person oder die Verfügung über eine von ihm besessene Sache entzogen (dahin gehört auch die gerichtliche Sequestration). CPO. § 796 fg.

[10] CPO. § 814 fg.

Anhang zum 2. Buche.

Von den Privilegien*.

§ 135.

Privilegium in dem hierher gehörigen Sinn (Privilegium im engeren Sinn) ist die einer individuellen Person oder einer individuellen Sache oder einem individuellen Rechtsverhältniß gewährte Rechtsbegünstigung, im Gegensatz zu derjenigen Rechtsbegünstigung, welche einer Klasse von Personen, Sachen oder Rechtsverhältnissen zugesprochen wird (Privilegium im weiteren Sinn)[1]. Der Ausdruck Privilegium überhaupt bezeichnet an und für sich nicht bloß die verschaffte günstige Rechtsstellung, sondern auch, und zwar in erster Linie, den die günstige Rechtsstellung begründenden Rechtssatz[2]. Bei den Privilegien im engeren Sinn tritt aber diese letzte Bedeutung in den Hintergrund oder verschwindet ganz[3]; im Folgenden wird nur die erste zu Grunde gelegt.

Die Privilegien können den verschiedensten Inhalt haben[4].

---

* Glück I § 98—100. II § 101—110 (1790. 1791). Hufeland Geist des römischen R. I S. 211—295 (1814). Schlayer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII S. 58 fg. (1855). Gerber Tübinger Zeitschr. f. Staatswissenschaften Jahrg. 1871 S. 430 fg. (auch in den gesamm. Abhandlungen I Nr. 13). Pfaff und Hofmann Commentar z. österr. bürgerl. GB. I S. 305—352. Kierulff S. 53 fg., Wächter Württemb. Privatr. II § 2. 3. 22. 50. 122, Unger I S. 587 fg. II S. 312 fg., Holzschuher I § 13, Brinz 2. Aufl. I. § 69—72.

§ 135. [1] Daß zur Bezeichnung auch der Rechtsbenachtheiligung weder der Ausdruck privilegium in den Quellen gebraucht wird (in l. 1 § 2 D. de const. pr. 1. 4 findet sich der Ausdruck constitutio personalis), noch nach dem Sprachgebrauch des Lebens unser Ausdruck Privilegium gebraucht werden kann, ist an dem bezeichneten Orte bereits bemerkt worden. Gewöhnlich aber wird die Definition so allgemein gestellt, daß sie die Rechtsbenachtheiligung mit umfaßt. Es kann darüber hinweggesehen werden, weil die Rechtsbenachtheiligung einer individuellen Person oder Sache oder eines individuellen Rechtsverhältnisses, wenn sie überhaupt vorkommt, jedenfalls von verschwindender Seltenheit ist. Vgl. Wächter § 3 Note 12.

[2] Vgl. § 29 zu Note 4.

[3] Vgl. § 136 Note 5.

[4] Vgl. Gerber a. a. O. S. 477 fg., Brinz a. a. O. § 70.

Es gibt nicht bloß privatrechtliche Privilegien, sondern auch solche, welche dem öffentlichen Rechte angehören. Sie können die Befugniß zu einer Thätigkeit geben (oder nehmen), oder die Befugniß, Anderen etwas zu verbieten[5], oder die Befugniß zu einer Unterlassung[6]. Sie können entweder Rechte und Verpflichtungen begründen, oder nur die Möglichkeit gewähren, Rechte zu erwerben, oder rechtlich thätig zu werden[7].

Die Privilegien sind persönliche, wenn sie eine Person, sachliche, wenn sie eine Sache oder ein Rechtsverhältniß begünstigen[8]. Die persönlichen Privilegien sind nicht nothwendigerweise an die Person gebunden; sie können auch auf die Rechtsnachfolger übertragbar sein[9].

§ 136.

Privilegien werden begründet

1) durch staatliche Verleihung. Die staatliche Verleihung ist entweder[1]

a) ein Act der Gesetzgebung. In diesem Fall beruht das Privilegium auf einem Rechtssatz, welcher in der individuellen von ihm hervorgebrachten rechtlichen Wirkung aufgeht; objectives und subjectives Recht fallen zusammen[2]. Oder

---

[5] Ein solches Verbietungsrecht kam früher namentlich häufig bei Gewerbsprivilegien vor; der Inhaber des Gewerbsprivilegiums konnte den betreffenden Gewerbsbetrieb jedem Andern untersagen. Ueber privilegiirte Gewerbsrechte überhaupt vgl. Schmid Arch. f. civ. Pr. XXXXIV S. 1 fg. 174 fg. (1861). Reichsgewerbeordnung vom 21. Juni 1869 § 7—10.

[6] Z. B. Privilegium der Steuerfreiheit.

[7] Beispiele: Ertheilung eines Moratoriums, Legitimation eines unehelichen Kindes; Dispensation von einem Ehehinderniß, Ertheilung der venia aetatis.

[8] Privilegia personae, rei, causae. Vgl. § 29 Note 5. Beispiele: 1) A wird legitimirt; 2) dem Grundstück A wird ein Recht auf Wasserbezug aus einem öffentlichen Gewässer oder Steuerfreiheit (l. 1 § 43 D. de aqua quot. 43. 20, l. 3 § 1 D. de cens. 50. 15) verliehen; 3) es wird einer gewissen Creditoperation das Vorrecht bewilligt, daß die aus ihr entstandenen Forderungen Verzug ohne Mahnung erzeugen sollen.

[9] Darüber, ob das Eine oder das Andere der Fall ist, und wenn Uebertragbarkeit stattfindet, in welchem Umfange sie stattfindet, läßt sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen. Vgl. l. 1 § 43 cit.

[1] Vgl. hiezu Jhering der Zweck im Rechte I S. 327 fg. § 136.

[2] Von dieser Art war z. B. das den Erben Schiller's durch ein Würt-

b) die staatliche Verleihung ist ein Gesetzgebungsact nicht. Die Verleihung geht aus von einem staatlichen Organe, welches die Macht, objectives Recht zu schaffen, nicht besitzt[3], oder doch in der Verleihung des Privilegiums objectives Recht nicht schaffen will. In diesem Fall ist der dem Privilegium zu Grunde liegende und ihm seine rechtliche Existenz sichernde Rechtssatz eine Rechtsregel[4]; objectives und subjectives Recht decken sich nicht, und es findet daher das gleiche Verhältniß statt, wie bei dem Privilegium im weiteren Sinn[5.6] Ist das Privilegium unter Voraussetzung eines gewissen Sachverhaltes ertheilt, so kann der Geltendmachung des Privilegiums die Unwahrheit dieses Sachverhaltes entgegengesetzt werden[7].

2. Die Frage, ob ein Privilegium auch durch Gewohnheitsrecht begründet werden könne, ist streitig[8]. Es wird zu sagen

---

tembergisches Gesetz vom Jahr 1839 gewährte Nachdrucksprivilegium. Vgl. Wächter § 2 Note 6. Ein Beispiel aus dem älteren römischen Recht gewährt die arrogatio per populum, aus der neuesten Zeit das Reichsbankgesetz 14/3 75 § 1.

[3] Dazu gehört in constitutionellen Staaten auch der Landesherr. Wo der Landesherr für die Erlassung von Gesetzen an die Zustimmung einer Volksvertretung nicht gebunden ist, hat er auch unbeschränkte Privilegienhoheit. Vgl. hierüber, und im Besonderen über die früheren deutschen Zustände, Gerber in dem oben citirten Aufsatz.

[4] Eine Rechtsregel des Inhalts, daß eine günstige Ausnahmestellung alle Personen, Sachen, Rechtsverhältnisse haben sollen, welche von einem gewissen staatlichen Organ werden bezeichnet werden.

[5] Nur daß die Rechtsregel bei den Privilegien im weiteren Sinn einen anderen Inhalt hat; sie lautet, daß eine günstige Ausnahmestellung alle Personen, Sachen, Rechtsverhältnisse haben sollen, denen eine gewisse Eigenschaft zukommt.

[6] Auch die Rechtsregel in diesem Fall Privilegium zu nennen (vgl. § 135 zu Note 3) ist nach dem Sprachgebrauch unmöglich.

[7] Daß die vorausgesetzten Thatsachen nicht, oder daß außer den vorausgesetzten Thatsachen noch andere wahr seien, s. g. exceptio sub- et obreptionis. In dieser Beziehung finden die Grundsätze unserer Quellen von den Rescripten analoge Anwendung, l. 2—5 C. si contra ius 1. 22, l. 2 C. de dil. 3. 11, c. 2. 3. 20 X. de rescr. 1. 3, c. 7 X. de fide instr. 2. 22. Seuff. Arch. VIII. 108, IX. 245, XIII. 4. Puchta Pand. § 14.

[8] Dawider die Erkenntnisse bei Seuff. Arch. I. 3, II. 122, IX. 116, X. 190, XI. 2, XIII. 1, XIX. 1. 104 Nr. I, XXI. 10, XXXVI. 172; ferner ein Aufsatz von Wachsmuth im Magaz. für Hannover'sches Recht VII S. 325,

sein, daß Gewohnheitsrecht principiell nicht ausgeschlossen sei, daß es aber schwer sein werde, daß sich in Beziehung auf ein individuelles Rechtsverhältniß ein Gewohnheitsrecht bilde. Eher wird sich ein Gewohnheitsrecht des Inhalts bilden können, daß ein bestimmtes staatliches Organ die Macht habe, Privilegien zu verleihen.

3. Ob ein Privilegium durch Verjährung begründet werden kann, hängt von seinem Inhalt ab. In letzter Linie greift hier, wie überall, die unvordenkliche Verjährung (§ 113) aushelfend ein[9].

§ 136a.

Beendigt werden Privilegien durch den Wegfall ihrer Voraussetzungen[1], Verzicht des Berechtigten, aufhebenden Rechtssatz. Ein solcher Rechtssatz ist in seiner Freiheit so wenig beschränkt, wie ein Rechtssatz überhaupt beschränkt ist, daher namentlich auch an die Zustimmung des Berechtigten nicht gebunden. Ob der durch einen Rechtssatz seines Privilegiums Beraubte Entschädigung in Anspruch nehmen könne, ist keine privatrechtliche Frage[2]. Die Frage, ob das nicht durch einen Act der Gesetzgebung verliehene Privilegium von dem staatlichen Organ, welches dasselbe verliehen hat, wieder zurückgenommen werden könne, läßt sich in dieser Allgemeinheit nicht entscheiden; es kommt auf den Inhalt

---

auch Pfeiffer prakt. Ausführungen II S. 9—10. VII S. 180 (dieser jedoch mit einer Beschränkung). Dafür Seuff. Arch. II. 251, III. 1. 256, IV. 94, X. 4, XIV. 193, XVIII. 105, XIX. 104 N. II. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1865 Nr. 51, und ein anderer Aufsatz im Magazin für Hannover'sches Recht von Pape VIII S. 163 fg. Vgl. noch Entscheid. des RG. XI S. 212.

[9] In der Frage, wie sie gewöhnlich gestellt wird: kann ein Privilegium durch Herkommen (Observanz) begründet werden, liegen die beiden, nicht immer gehörig unterschiedenen Fragen: 1) kann ein Privilegium durch Gewohnheitsrecht begründet werden? 2) kann es durch (unvordenkliche) Verjährung begründet werden? Vgl. Leonhard Verh. des 16. deutschen Juristentages I S. 260. Es findet sich übrigens auch die Auffassung, daß in dem Herkommen, der langdauernden Uebung, eine stillschweigende Uebereinkunft oder Anerkennung liege. Seuff. Arch. II. 122, III. 256, IV. 94, IX. 243, XIX. 1.

[1] Z. B. Tod des Berechtigten bei Privilegien, welche an die Person geknüpft sind; Ablauf der Zeit, für welche das Privilegium verliehen ist. § 136a.

[2] Seuff. Arch. XIX. 213.

des zu Grunde liegenden Rechtssatzes an. Was die Aufhebung durch Verjährung angeht, so entscheiden hier, wie bei der Begründung durch Verjährung die allgemeinen Grundsätze von der Verjährung[3].

[3] Vgl. l. 1 D. de nund. 50. 11 und c. 6. 15 X. de privil. 5. 33. Fritz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IV S. 201 fg. (1831), Steppes das. XIV S. 126 fg. (1840). Vangerow I § 116 Anm. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1867 S. 970. 971.

Drittes Buch.

Das Sachenrecht.

Erstes Kapitel.

Allgemeines.

I. Begriff und juristisch bedeutende Verschiedenheiten der Sachen.

Begriff der Sache. Körperliche und unkörperliche Sachen.

§ 137.

Das Sachenrecht enthält die Grundsätze über die Rechtsverhältnisse an Sachen (§ 13. 38. 145. 146).

Bei der Bestimmung des Begriffs der Sache ist davon auszugehen, daß unter Sache verstanden wird das einzelne Stück der vernunftlosen Natur[1]. Hiermit ist gesagt, daß zum Begriff der Sache das Moment der realen Existenz, der Körperlichkeit, gehöre. Es ist jedoch dem positiven Recht unbenommen, bloß gedachte Dinge als Gegenstände von Rechtsverhältnissen, durchweg oder in einzelnen Beziehungen, zu behandeln, wie körperliche[2].

[1] Der weitere Sinn des Ausdrucks Sache, in welchem er nicht bloß das real Existirende, sondern auch das Gedachte bezeichnet, ist für das Recht unbrauchbar. Vgl. jedoch die folgende Note. § 137.

[2] Das Gedachte ist für das Recht nicht Sache, aber das Gedachte kann für das Recht Sache sein, wie für das Recht Person sein kann, was in Wirklichkeit nicht Person ist. Man muß sich nur vor dem Irrthum hüten, als ob das Gedachte, wenn es vom Rechte als Sache, d. h. als Gegenstand von Rechtsverhältnissen, behandelt wird, nun auch sofort in allen Stücken unter die gleichen Grundsätze gestellt würde, wie die körperliche Sache. Wie weit das Recht gehe, ist für jede Kategorie von juristischen Sachen besonders zu bestimmen. Vgl. Note 6 a. E. 10.

Insofern es dieß wirklich thut, wird man passend von unkörperlichen Sachen reden dürfen[3]. Was das römische Recht angeht, so kommen hier in Frage Rechte und Sachgesammtheiten. Inwiefern Rechte (Vermögensrechte) als mögliche Gegenstände von Rechtsverhältnissen angesehen werden können, ist bereits oben (§ 48a) bemerkt worden. Darüber, ob Sachgesammtheiten[4] Gegenstände von Rechten bilden können, wird gestritten[5]. Die Frage

[3] Die unkörperlichen Sachen in diesem Sinn sind aber nicht die res incorporales der Quellen. Wenn die Quellen von res incorporales reden, so meinen sie damit nicht Gegenstände von Rechtsverhältnissen, sondern Vermögensbestandtheile (§ 42).

[4] Die s. g. universitates rerum distantium (vgl. § 138 Note 2). Man nennt sie auch wohl universitates rerum schlechthin, obgleich der Ausdruck universitas (vgl. § 42 Note 6, § 57 Note 2) gerade zur Bezeichnung der aus getrennten Theilen bestehenden Sachganzen in den Quellen nicht häufig ist; er findet sich in l. 70 § 3 D. de usufr. 7. 1. Gebräuchlicher ist der Ausdruck corpus, und namentlich wird dieser Ausdruck in der Hauptstelle, l. 30 pr. D. de usurp. 41. 3 (§ 138), angewendet, wo die Sachgesammtheiten den körperlichen Sachen als „corpora" besonderer Art entgegengesetzt werden. S. auch § 18 I. de leg. 2. 20, l. 23 § 5 D. de R. V. 6. 1, l. 195 § 3 D. de V. S. 50. 16. Man darf sich durch diesen Ausdruck nicht verführen lassen, die Sachgesammtheit im Sinn der Quellen als etwas Körperliches aufzufassen, wie das thun Warnkönig Arch. f. civ. Pr. XI S. 179 fg., Brinz S. 177 (2. Aufl. I S. 470. 655), Baron Gesammtrechtsverhältnisse § 2, Göppert in der unten genannten Schrift S. 51. 55. 93. 98. 111; corpus bezeichnet in der That hier nur das Einheitliche. Gegen Göppert speciell, welcher den Ausdruck auf die Heerden und ähnliche Naturganze beschränkt, und das Entscheidende in dem die Heerden zusammenhaltenden Naturtrieb sieht: corpus familiae in l. 195 § 3 D. de V. S. 50. 16, corpus patrimonii in l. 20 D. quod met. causa 4. 2, l. 25 § 16 D. de H. P. 5. 3 u. a. m. Was gegen das Gesagte Birkmeyer Vermögen S. 110 Note 351 und Gierke Genossenschaftsrecht III S. 33 Note 76 bemerken, ist ohne Ueberzeugungskraft. — Eine besondere Abhandlung über die universitates rerum distantium ist die von Warnkönig Arch. f. civ. Pr. XI. 9 (1828). S. ferner Baron Gesammtrechtsverhältnisse § 2 (1864). Göppert über einheitliche, zusammengesetzte und Gesammtsachen nach römischem Recht (1871).

[5] Aber erst in der neueren Zeit. Früher war die herrschende Meinung für die Gleichstellung der Sachgesammtheiten mit den körperlichen Sachen (vgl. die Citate bei Girtanner Jahrb. f. Dogm. III S. 207 fg.), und so noch in der neueren Zeit: Puchta § 35, Arndts § 48, Sintenis I S. 432 fg., namentlich auch Girtanner selbst a. a. O. S. 95 fg. Dagegen aber: Wächter Erörterungen I S. 17 fg., Unger Lehrb. I S. 483 fg. und Jahrb. für Dogm. XII S. 273—276, Brinz S. 177 (2. Aufl. I S. 475. 545. 653 fg.),

ist zu bejahen für Heerden[6] und andere Naturganze[7]; was Sachgesammtheiten anderer Art angeht, sprechen überwiegende Gründe

---

Vangerow I § 71 Anm. a. E. (in der 7. Aufl., anders noch in der 6.), Pagenstecher Lehre vom Eigenthum III S. 71 fg., Dernburg Pfandr. I § 59, Exner die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition S. 215—243 (welchem folgen v. Schey Grünhut's Zeitschrift VIII S. 116 fg., Randa Eigenthumsrecht S. 29), Bechmann zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession S. 65 fg., Göppert in der in Note 4 citirten Schrift S. 49 fg. 94 fg., Zrodlowski röm. Privatr. II S. 34 fg. Im Einzelnen weichen diese Schriftsteller noch von einander ab, vgl. Note 6. Vgl. noch Birkmeyer Vermögen S. 115 fg.

[6] L. 1 § 3 l. 2 l. 3 pr. l. 23 § 5 D. de R. V. 6. 1, l. 21 § 1 D. de exc. rei iud. 44. 2. In diesen Stellen wird die Vindication einer Heerde als solcher anerkannt, auf Grund davon daß der Kläger behaupten könne, die Heerde als solche sei sein, unabhängig von dem rechtlichen Verhältniß der einzelnen Stücke, und es wird daraus gefolgert, daß der Beklagte auch diejenigen Stücke, welche als einzelne nicht im Eigenthum des Klägers stehen, herausgeben müsse, nur nicht die in seinem eigenen Eigenthum stehenden (l. 2 cit.). Ein anderes Resultat freilich ziehen aus diesen Stellen die in der vorigen Note genannten Schriftsteller. Dieselben behaupten übereinstimmend (so weit sie sich über diese Frage aussprechen), daß der Beklagte diejenigen Stücke nicht herauszugeben brauche, welche nicht im Eigenthum des Klägers stehen, im Uebrigen weichen ihre Auffassungen sehr von einander ab. Einige nehmen an, daß wenn der Kläger sein Eigenthum an der Mehrzahl der Stücke bewiesen habe (l. 2 cit.), der Beklagte das fremde Eigenthum für die übrigen beweisen müsse (so Exner, Unger in den Jahrb., und wohl auch Bechmann), Andere verlangen von dem Kläger den Beweis des Eigenthums für alle einzelne Stücke. Einige sehen in der Vindication der Heerde eine Mehrzahl von Vindicationen, Andere eine einige Vindication (vgl. in dieser Beziehung auch Ihering Geist des röm. R. III S. 38 Note 22), auch wohl auf Grund eines an der Heerde stattfindenden Eigenthums, welches dann aber keine andere Bedeutung haben soll, als die formale, als Grundlage der Vindication zu dienen (Brinz, Unger in den Jahrb.). Auch von einer Eigenthumsklage ohne Eigenthum wird gesprochen (Pagenstecher). Es ist übrigens zuzugeben, daß die hier vertretene Auslegung keine den Zweifel ausschließende Kraft hat, und so wird denn diese Controverse wohl eine von den vielen Controversen unserer Wissenschaft bleiben, die nicht sterben. Was speciell l. 21 § 1 D. de exc. rei iud. angeht, so ist die hier verworfene Ansicht in der üblen Lage, den ersten Theil der Stelle dahin interpretiren zu müssen, daß die exceptio rei iudicatae nur für die bereits früher in der Heerde befindlich gewesenen Stücke Platz greifen soll, während für die hier verfochtene Ansicht dem zweiten Theil der Stelle gegenüber ein Ausweg in der Verweisung auf das § 130 Ziff. 3 Gesagte bleibt. Daß die Heerde kein Gegenstand des Besitzes ist, ist anerkanntermaßen kein Gegenargument gegen die hier vertheidigte Ansicht, s. Note 2.

für ihre Verneinung[8]. Jedenfalls verlieren die in der Sachgesammtheit zusammengefaßten Sachen dadurch, daß sie als juristische Einheit anerkannt werden, nicht ihre Existenz als einzelne Sachen, und können daher als einzelne einem andern Rechte unterworfen sein, als dasjenige ist, in welchem sie als Bestandtheile des Ganzen stehen[9].

Geht man über den Kreis des römischen Rechts hinaus, so müssen auch Geistesproducte: wissenschaftliche und Kunstwerke, Erfindungen ꝛc. ꝛc. als unkörperliche Sachen in dem hierher gehörigen Sinne bezeichnet werden. Das moderne Recht behandelt dieselben als Gegenstände von Rechtsverhältnissen, wie körperliche Sachen[10].

---

[7] Wie z. B. Bienenschwärme. Das Entscheidende ist, daß das Ganze gebildet zusammengehalten und erhalten wird durch etwas in den einzelnen Stücken selbst Liegendes.

[8] Anders frühere Auflagen dieses Lehrbuchs. Aber die Quellenzeugnisse reichen nicht über die Heerde hinaus, und von den „armamenta navis" heißt es ausdrücklich, daß dieselben „singula erunt vindicanda" (l. 3 § 1 D. de R. V. 6. 1). S. auch l. 79 pr. D. de leg. III° 32. „Si chorus aut familia legetur, perinde est, quasi singuli homines legati sint". Dazu kommt, daß, wenn man über die Naturganzen hinausgeht, eine Grenze schwer zu finden ist. Vgl. in dieser Beziehung Warnkönig a. a. O. S. 177 fg., Girtanner S. 213 fg. Stellen wie l. 13 l. 34 pr. D. de pign. 20. 1, l. 22 D. de leg. I° 30, l. 65 § 1 D. de leg. II° 31, l. 68 § 2 l. 69 D. de usufr. 7. 1 erklären sich aus Willensinterpretation. — Was die Praxis betrifft vgl. die Anführungen bei Girtanner S. 210 fg. und Seuff. Arch. XV. 1871 (wo ein Theaterinventar als einiges Rechtsobject anerkannt wird mit der Wirkung, daß das Pfandprivilegium wegen Verwendung auch die später erworbenen Stücke ergreife).

[9] Vgl. § 138 a. E.

[10] Wenn man aber demgemäß von einem geistigen Eigenthum spricht (so auch die deutsche Reichsverfassung Art. 4 Ziff. 6, nicht die neueren Reichsgesetze), so ist dieser Ausdruck allerdings insofern von sehr zweifelhaftem Werthe, als er geeignet ist, zu der Annahme zu verleiten, als seien hier ohne Weiteres die Grundsätze von dem Eigenthum an körperlichen Sachen maßgebend. Vgl. § 168 a. E. Hierher gehören folgende Reichsgesetze: vom 11. Juni 1870 betr. das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Compositionen und dramatischen Werken; vom 9. Januar 1876 betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste; vom 10. Januar 1876 betr. den Schutz der Photographien gegen unbefugte Nachbildung; vom 11. Januar 1876 betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen; Patentgesetz vom 25. Mai 1877. Vgl. Stobbe III S. 1 fg. Dernburg Preuß. Privatr. II § 304 fg. Kohler Jahrb. f. Dogm. XVIII S. 129 fg. (1880).

Einfache und zusammengesetzte Sachen*.

§ 138.

Die Sachen bilden entweder eine natürliche Einheit[1], oder sie sind aus einer Mehrheit von Sachen, von denen jede für sich eine natürliche Einheit bildet, zusammengesetzt. Die zusammengesetzten Sachen sind entweder solche, deren Bestandtheile körperlich mit einander verbunden sind, oder solche, bei denen dieß nicht der Fall ist. Von den zusammengesetzten Sachen der zweiten Art[2] ist bereits im vorigen § die Rede gewesen. Die zusammengesetzten Sachen, deren Bestandtheile körperlich mit einander verbunden sind, bilden entweder in dieser Verbindung ein neues einheitliches Ganze[3], oder sie bilden ein solches Ganze nicht, so daß nichts vorhanden ist, als was vor der Verbindung vorhanden war, nur statt mehrerer unverbundener Sachen mehrere verbundene[4]. Bilden sie ein neues einheitliches Ganze, so kann, wie bei der Sachgesammtheit, ein doppeltes Rechtsverhältniß vorkommen, erstens ein Rechtsverhältniß am Ganzen und insofern an den zu demselben gehörigen Bestandtheilen, zweitens, voraus-

---

Gierke Zeitschr. f. Handelsr. XXIX S. 266 fg. (1883). — Eigenthum an Zeitungen: Roßhirt Zeitschr. f. Handelsr. VI S. 65 fg.

* Unger I § 52. Lenz Recht des Besitzes S. 118—129. Göppert über einheitliche, zusammengesetzte und Gesammt-Sachen nach römischem Recht (1871).

[1] L. 30 pr. D. de usurp. 41. 3. — „Tria . . . genera sunt corporum. § 138. Unum, quod continetur uno spiritu, et Graece *ἡνωμένον* vocatur, ut homo, tignum, lapis et similia". Spiritus — die *ἕξις* der Stoiker, d. h. der die Naturdinge durchdringende und ihre Wesenheit ausmachende Theil der allgemeinen Weltseele, des *πνεῦμα*. Göppert S. 20 fg. 38 fg. Seneca (Nat. Quaest 2. 2, Epist. 102. 6) gibt das griechische *ἡνωμένον* durch die Ausdrücke unitum und continuum wieder.

[2] L. 30 cit. — „Tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura (non) soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus, legio, grex".

[3] L. 30 cit. — „Alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus, constat, quod *συνημμένον* vocatur, ut aedificium, navis, armarium". *Συνημμένον* — connexum in den Pandektenausgaben. Vgl. Göppert S. 38 Note 1. Der Ausdruck universitas wird auch für diese Art von zusammengesetzten Sachen gebraucht, z. B. in l. 23 pr. D. de usurp. 41. 3 („universitas aedium"). Vgl. § 137 Note 4.

[4] Hierher zählt l. 5 § 1 D. de R. V. 6. 1 den Fall, wo Blei und Silber zusammen geschmolzen wird. L. 12 § 1 l. 27 § 2 D. de A. R. D. 41. 1.

gesetzt daß die Bestandtheile in der Verbindung ihre besondere Existenz nicht verlieren, ein Rechtsverhältniß an diesen Bestandtheilen als besonderen Sachen. Nur ist der Unterschied gegenüber den Sachgesammtheiten der, daß das Rechtsverhältniß an den Bestandtheilen als besonderen Sachen so lange ruht, als die körperliche Verbindung dauert, und erst dann wieder auflebt, wenn die Bestandtheile als für sich bestehende Sachen auch äußerlich wiederhergestellt sind[5].

Bewegliche und unbewegliche Sachen*.

§ 139.

Die körperlichen Sachen sind entweder bewegliche, d. h. solche, bei welchen eine Ortsveränderung möglich ist[1], oder unbewegliche, d. h. solche, bei welchen eine Ortsveränderung nicht möglich ist. Unbeweglich sind nur die Grundstücke[2], d. h. die begrenzten Theile der Erdoberfläche[3]. Ein in mancher Beziehung wichtiger Unter-

---

[5] L. 23 pr. § 2 de usurp. 41. 3, l. 7 § 10 D. de A. R. D. 41. 1, l. 2 D. de superfic. 43. 18, l. 44 § 1 i. f. D. de O. et A. 44. 7, l. 44 D. de R. V. 6. 1, l. 40. de A. E. V. 19. 1. Das Nähere unten § 188. 189.

* Böcking I § 74, Sintenis I S. 416—418, Wächter I § 61. Württ. Privatr. II § 37, Unger I § 48.

§ 139. [1] Ob sie ihren Ort durch eigene Kraft zu verändern im Stande sind (res se moventes), oder nicht (res mobiles i. e. Sinne), ist juristisch gleichgültig. Bei den Römern konnte hier der Ausdruck moventia Veranlassung zu einer Frage geben. L. 93 D. de V. S. 50. 16; vgl. l. 15 § 2 D. de re iud. 42. 1.

[2] Res soli, fundi, praedia. L. 115. 211 D. de V. S. 10. 16. Im engeren Sinne bezeichnet fundus nicht das Grundstück überhaupt, sondern den Gegensatz zu dem Gebäudegrundstück. Gai. II. 42, l. 1 § 3. 6 D. de vi 43. 16. Schiffe im HGB.: Goldschmidt Handelsrecht I (II) § 60 Note 8. Vgl. auch Stobbe deutsch. Privatr. I § 63 Note 15—19. Seuff. Arch. XXVIII. 2.

[3] Zum Grundstück gehört auch der unter und über demselben befindliche Raum, l. 13 § 1 D. comm. praed. 8. 4, l. 24 § 12 l. 26 D. de damno inf. 39. 2, l. 1 § 12 D. de aqua et aquae 39. 3, l. 1 pr. l. 9. 14. 15 D. de S. P. U. 8. 2, l. 8 § 5 l. 14 § 1 D. si serv. 8. 5, l. 22 § 4 D. quod vi 43. 24. Die Erstreckung des Eigenthums auf den einen und den andern Raum leugnet Werenberg Jahrb. f. Dogm. VI S. 12 fg., aus sehr ungenügenden Gründen, unter denen eine bedeutende Rolle spielt, daß die Luft res communis sei. S. dawider Jhering das. S. 85 fg., Hesse das. S. 393 fg. Die mit dem Grund und Boden verbundenen beweglichen Sachen,

schied zwischen den Grundstücken ist, ob sie bebaut sind, oder ob sie zu Culturzwecken dienen. Dieser Gegensatz wird passend durch die Ausdrücke: Gebäudegrundstücke, Feldgrundstücke bezeichnet[4]. — Der Gegensatz zwischen den beweglichen und unbeweglichen Sachen ist für die germanische Rechtsanschauung wichtiger als für die römische. Namentlich damit hängt es zusammen, daß dieser Gegensatz in Deutschland auf die unkörperlichen Sachen, d. h. die übrigen Vermögensstücke, übertragen worden ist[5].

Verbrauchbare, abnützbare Sachen.

§ 140.

Verbrauchbar sind diejenigen Sachen, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch in einer Zerstörung ihrer körperlichen Integrität

---

wie namentlich Pflanzen und die auf demselben zu einem Gebäude zusammengefügten Materialien, sind Bestandtheile einer unbeweglichen Sache; insofern sie aber als für sich bestehende Sachen aufgefaßt werden, müssen sie nach wie vor als bewegliche behandelt werden. Seuff. Arch. XVIII. 207, XXV. 6. Vgl. § 144 Note 2.

[4] Die Quellen sagen: praedia urbana, praedia rustica, l. 198 D. de V. S. 50. 16, § 1 I. de serv. 2. 3, l. 1 pr. D. comm. praed. 8. 4 (vgl. aber auch l. 2 pr. D. de S. P. R. 8. 3, l. 4 § 1 D. in quib. caus. pign. 20. 2). Zu welcher Klasse die nicht bebauten, aber auch zur Gewinnung von Früchten nicht geeigneten Grundstücke gehören, ist in den Quellen nicht entschieden; vgl. Wächter Württemb. Privatr. II S. 214, Roth I § 75 Note 24.

[5] Unsere Quellen setzen die res mobiles und immobiles den Rechten (iura, nomina, actiones, res incorporales, iura incorporalia) entgegen, l. 7 § 4 D. de pec. 15. 1, l. 15 § 2 D. de re iud. 42. 1, l. 2. 3 C. de quadr. praescr. 7. 37, l. un. § 7 C. de rei ux. act. 5. 13. Wenn aber in Deutschland eine Rechtsbestimmung oder eine Privatdisposition einen Unterschied zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen macht, wohin sind dann die Rechte zu rechnen? Natürlich die Rechte an fremden Sachen zu dem beweglichen oder unbeweglichen Vermögen, je nachdem ihr Gegenstand eine bewegliche oder unbewegliche Sache ist; aber man streitet in Betreff der Forderungsrechte. Es wird im Zweifel anzunehmen sein, daß es auch hier auf den (mittelbaren) Gegenstand des Forderungsrechts ankommt, ob derselbe ein Grundstück ist, oder nicht, vgl. l. 15 D. de R. I. 50. 17, l. 143 D. de. V. S. 50. 16. Andere zählen die Forderungsrechte unter allen Umständen zu dem beweglichen Vermögen, weil sie unmittelbar nie auf ein Grundstück, sondern auf eine Handlung gehen. Vgl. Wächter I S. 284. Württemb. Privatr. II S. 223—227, Unger I S. 394—400, Dernburg Pfandr. I S. 505, Stobbe § 63 Nr. II, Roth I S. 426 fg.

besteht[1]. Andere Sachen werden zwar durch den Gebrauch, zu welchem sie bestimmt sind, nicht sofort zerstört, aber allmälig in einen Zustand versetzt, in welchem sie nicht mehr fähig sind, ihrer Bestimmung gemäß verwendet zu werden; man nennt sie passend abnützbare Sachen[2].

In einem ganz besonderen Sinne wird das Geld eine verbrauchbare Sache genannt. Es ist verbrauchbar, insofern es nicht gebraucht werden kann, ohne für den Gebrauchenden unterzugehen[3].

Gattungs- oder vertretbare, nicht vertretbare Sachen*.

§ 141.

Die Sachen pflegen für den Verkehr in Betracht zu kommen entweder in ihrer individuellen Bestimmtheit, oder nach der Gattung zu welcher sie gehören; die letzteren Sachen nennt man Gattungssachen, oder auch, weil bei ihnen jedes zu dieser Gattung gehörige Sachindividuum durch jedes andere zu derselben gehörige Sachindividuum vertreten werden kann, vertretbare Sachen[1]. Bei

§ 140. [1] So Getreide, Wein ꝛc. Die Quellen sagen: res quae usu consumuntur, tolluntur, quae in abusu sunt, quae usu continentur, z. B. § 2 I. de usufr. 2. 4, l. 5 § 1 l. 7 D. de usufr. ear. rerum 7. 5. Der deutsche Ausdruck verbrauchbar ist hergebracht; besser sollte man sagen verbrauchliche Sachen oder Verbrauchssachen. Ueber die Begriffsbestimmung s. Wächter I § 63, Unger I S. 401.

[2] Kleider z. B. werden durch den ordnungsmäßigen Gebrauch, welcher von ihnen gemacht wird, nicht aufgebraucht, aber allmälig in Lumpen verwandelt. In l. 1 D. de usufr. ear. rer. 7. 5 werden von den Sachen, welche usu tolluntur, diejenigen, die usu minuuntur, unterschieden. Im weiteren Sinne kann man aber auch von den letzteren sagen, daß sie usu consumuntur, und das sagt z. B. § 2 I. de usufr. 2. 4 wirklich von den Kleidern.

[3] Dadurch, daß das Geld ausgegeben wird, „consumitur pecunia", s. z. B. l. 32 D. de min. 4. 4, l. 13 D. de R. C. 12. 1 u. a. m. Auch die Aeußerung des § 2 I. de usufr. 2. 4 in Betreff des Geldes: „in ipso usu assidua permutatione quodammodo exstinguitur" ist nach dem Zusammenhang unzweifelhaft von der Verbrauchbarkeit des Geldes, nicht von der allmäligen Abnützbarkeit der einzelnen Geldstücke zu verstehen. Vgl. übrigens § 186 Note 16.

* Mierulff S. 313—317, Böcking I § 77, Wächter I § 62. Württ. Privatr. II § 38, Unger I § 50, Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 400 fg., Goldschmidt Handelsr. I (II) § 61.

§ 141. [1] Der Begriff Gattungssache wird in l. 2 § 1 D. de R. C. 12. 1 durch den Ausdruck res quae in genere suo functionem recipiunt per solutionem

den Gattungs- oder vertretbaren Sachen muß in jedem einzelnen Fall die Quantität näher bezeichnet werden, um welche es sich handelt; weßwegen man sie auch Quantitätssachen nennen kann[2]. Eine andere, und noch immer die gebräuchlichste, Bezeichnung für sie ist: fungibele Sachen[3]. Besonders wichtig unter den Sachen dieser Art ist das Geld.

Nicht zu verwechseln mit dem Gegensatz zwischen Vertretbarkeit und Unvertretbarkeit der Sachen ist der Gegensatz zwischen ihrer generischen oder individuellen Bestimmtheit[3a]. Der Gegensatz zwischen der Vertretbarkeit und Unvertretbarkeit beruht auf einem objectiven Maßstab, der Verkehrssitte, welche mit den natürlichen Eigenschaften der Sachen zusammenhängt. Den Gegenstand eines gegebenen Rechtsverhältnisses kann sowohl eine zur Klasse der vertretbaren Sachen gehörige Sache in ihrer indivi-

---

[magis] quam specie bezeichnet. Der Ausdruck species zur Bezeichnung des Sachindividuums gegenüber der nur generisch bezeichneten Sache, des genus, kommt auch in anderen Stellen vor, z. B. l. 54 pr. l. 83 § 5 D. de V. O. 45. 1 (vgl. aber auch l. 29 D. de sol. 46. 3, wo gerade die Gattungssachen „res quae communi specie continentur" genannt werden); ein entsprechender Ausdruck ist corpus, z. B. in l. 30 pr. l. 34 § 3. 4 l. 51 D. de leg. I° 30. Die Bezeichnung vertretbare Sache ist aufgebracht von K. S. Zachariä (Böcking § 77 Note 5), wird getadelt von Savigny (VI § 268. b) als „ohne hinzugefügte Erklärung kaum verständlich, da auch alle anderen Sachen einer Vertretung (durch Geldentschädigung) empfänglich sind".

[2] Die Quellen sagen: res quae numero pondere mensura consistunt, constant, continentur, valent, z. B. pr. I. quib. mod. re 3. 14, l. 2 § 1 D. de R. C. 12. 1, l. 42 D. de I. D. 23. 3, l. 1 § 2 D. de O. et A. 44. 7, l. 1 § 7 D. ad leg. Falc. 35. 2. Statt Quantitätssachen sagt Savigny (VI S. 123) Quantitäten — weniger passend; Wein, Oel ꝛc. kommt in einem gegebenen Fall nur als Quantität in Betracht, aber ist selbst keine Quantität. Der Ausdruck quantitas bedeutet in den Quellen zunächst Geldsumme; erst in zweiter Linie wird er auch zur Bezeichnung von Quantitäten anderen Inhalts gebraucht; vgl. l. 34 § 3. 6 D. de leg. I° 30, l. 87 pr. D. de leg. II° 31, l. 94 § 1 D. de sol. 46. 3, l. 15 § 4 D. de usufr. 7. 1, l. 19 § 1 D. de auro 34. 2.

[3] Der barbarische und ganz unbezeichnende Ausdruck res fungibilis ist nach l. 2 § 1 D. de R. C. 12. 1 (Note 1) wie es scheint von U. Zasius (zu § 30 I. de act. Nr. 17. 18) erfunden. Savigny VI § 268. a, Stintzing Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft I S. 166.

[3a] Um diesen Punkt hat sich namentlich Goldschmidt a. a. O. verdient gemacht.

duellen Bestimmtheit bilden[3b], als eine zur Klasse der unvertretbaren gehörige nach ihrem Gattungsverhältniß[4]. Fast überflüssig ist, gegen die Identificirung des Begriffs vertretbare Sachen mit dem Begriff verbrauchbare Sachen zu warnen. Die Verwechslung dieser Begriffe, welche früher häufig war[5], hat ihre Veranlassung darin, daß die verbrauchbaren Sachen regelmäßig von dem Verkehr auch als vertretbare behandelt werden; aber nicht ist auch das Umgekehrte wahr[6].

Sachtheile*.

§ 142.

Von Theilen einer Sache spricht man in einem vierfach verschiedenen Sinn.

1. Theil als Stück einer einfachen Sache (§ 138). Der Theil in diesem Sinne existirt vor seiner Absonderung als besondere Sache nicht, und ist daher kein möglicher Gegenstand eines besonderen Rechtsverhältnisses. Die Möglichkeit eines besonderen Rechtsverhältnisses an ihm beginnt erst mit seiner Absonderung; dann ist er aber auch nicht mehr Theil, sondern für sich bestehende Sache. Mit anderen Worten: der Begriff des Theils in diesem Sinne bezieht sich auf die Vergangenheit, nicht auf die Gegenwart der Sache[1]. — Die Absonderung, durch welche der Theil zum besonderen Rechtsobject gemacht wird, braucht nicht noth-

[3b] Vgl. z. B. l. 24 D. dep. 16. 3, l. 30 § 6 l. 34 § 4 D. de leg. I° 30, l. 37 D. de V. O. 45. 1. Dingliche Rechte sind nur möglich an individuell bestimmten Sachen.

[4] Vgl. z. B. l. 2 § 1 l. 54 pr. l. 117 D. de V. O. 45. 1, l. 37 pr. l. 110 D. de leg. I° 30. Vgl. II § 255 Note 17.

[5] Sie findet sich noch in dem Preußischen (I. 2 § 120. 121, I. 14 § 83 fg., I. 21 § 173), Oesterreichischen (Art. 971. 983) und Französischen (Art. 1874) Gesetzbuch.

[6] Man denke z. B. an Nadeln, Bücher ꝛc. Vgl. über das Verhältniß beider Begriffe noch H. Bürkel Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch (München 1864) S. 8—19.

* v. Buchholtz Versuche Nr. 4. Wächter Arch. f. civ. Pr. XXVII. 7 (1844) und Handbuch § 43. Böcking I § 75, Sintenis I S. 435—437, Unger I § 51.

§ 142. [1] Vgl. l. 6 § 1 D. comm. praed. 8. 4: — „si divisit fundum regionibus, et sic partem tradidit pro diviso, potest alterutri servitutem imponere, quia non est pars fundi, sed fundus". L. 25 § 1 D. de V. S. 50. 16. „Q. Mucius ait, partis appellatione rem pro indiviso significari:

wendigerweise in der Aufhebung des körperlichen Zusammenhanges zu bestehen[2]. Bei Grundstücken ist eine solche Aufhebung nicht einmal möglich[3]; bei beweglichen Sachen ist sie möglich und gewöhnlich, aber nicht nothwendig[4]. In Betracht kann auch kommen, ob eine reale Zerlegung der Sache ohne Verletzung ihres Wesens möglich ist oder nicht[5].

2. Theil als Stück einer zusammengesetzten Sache, welches Stück mit den anderen Stücken der Sache kein einheitliches Ganzes bildet. Theile in diesem Sinne sind im juristischen Sinne keine; die körperliche Verbindung, in welcher sie stehen, ändert an ihrem rechtlichen Verhältnisse nichts[6].

---

nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter, partis appellatione utrumque significari".

[2] Auf den Fall, wo sie in der Aufhebung des körperlichen Zusammenhanges nicht besteht, bezieht sich der Begriff der communio pro diviso, l. 5 § 16 D. de reb. eor. 27. 9, l. 29 D. de A. R. D. 41. 1. Vgl. Roth bayr. Civilr. II S. 54 fg.

[3] Theilung eines Brunnens: Seuff. Arch. XXII. 119.

[4] L. 36 D. de S. P. U. 8. 2, l. 83 D. pro socio 17. 2. L. 8 D. de R. V. 6. 1 leugnet nur, daß an nicht körperlich abgetrennten Theilen einer beweglichen Sache Besitz möglich sei. Die Meisten nehmen auf Grund dieser Stelle an, daß an Theilen beweglicher Sachen ohne reale Zerlegung eine Verschiedenheit des Rechtsverhältnisses überhaupt nicht stattfinden könne. Allerdings steht mit l. 83 D. pro socio cit., was den in derselben behandelten Fall betrifft, l. 19 D. comm. div. 10. 3 in Widerspruch: aber es ist ungerechtfertigt, die letzte Stelle der ersten vorzuziehen, und nicht umgekehrt. Vgl. jedoch Vangerow I § 329 Anm. 2, Steinlechner das Wesen der juris communio I S. 42. II S. 35, Dernburg I § 76 Note 3; im Uebrigen Wächter a. a. O. S. 158 fg. 176 fg., Unger § 51 Note 19, Eck krit. VJSchr. XIX S. 225, Randa Eigenthumsrecht § 9 Note 6.

[5] Die in der vorigen Note genannten Stellen sprechen nur von Holz und Stein. — Auf die Möglichkeit, eine Sache ohne Verletzung ihres Wesens in Theile zu zerlegen, bezieht sich was man den juristischen Begriff der Theilbarkeit genannt hat. Dieser Begriff kommt aber nur in Betracht, wenn „mehrere Personen bei der Theilung einer Sache in Gegensatz kommen und es sich dabei vom Rechte und der rechtlichen Ausgleichung handelt" (Wächter a. a. O. S. 172). Zur Theilbarkeit in diesem Sinne ist übrigens ferner noch erforderlich, daß durch die Theilung auch der Gesammtwerth der Sache nicht wesentlich beeinträchtigt werde. L. 26 § 2 D. de leg. Iº 30, l. 35 § 3 D. de R. V. 6. 1, l. 34 § 2 C. de don. 8. 53 [54], § 5 I. de off. iud. 4. 17.

[6] L. 27 § 2 D. de A. R. D. 41. 1, l. 12 § 1 eod.; l. 17 pr. D. de A. E. V. 19. 1, l. 245 pr. D. de V. S. 50. 16.

3. Theil als Stück einer zusammengesetzten Sache, welches Stück mit den anderen Stücken der Sache ein einheitliches Ganzes bildet (Bestandtheil)[7]. Ueber das rechtliche Verhältniß des Theils in diesem Sinne ist oben (§ 138) gehandelt worden. S. auch § 188. 189.

4. Theil als Antheil. Der Antheil ist Rechnungstheil, Bruchtheil, also etwas nicht in sinnlicher Wirklichkeit Existirendes; daher die Ausdrücke: intellectueller Theil[7a], ungetheilter Theil[8]. Wenn der Antheil trotzdem, daß er in Wirklichkeit nicht existirt, als Gegenstand von Rechten aufgefaßt wird[9], so ist dieß so zu verstehen, daß durch ihn das Maß dessen bezeichnet werden soll, was dem Berechtigten von der Sache gebührt, von ihrem Nutzen und bei der Auseinandersetzung mit den Mitberechtigten von der Sache selbst, und was er seinerseits zu dem durch die Sache verursachten Aufwand beizutragen hat[10]. Ueber die Auffassung, daß der Antheil sich auf das Recht beziehe[10a], s. Note [11].

---

[7] Daß der Bestandtheil, „pars" sei, leugnen l. 36 D. de evict. 21. 2, l. 13 § 2 D. de accept. 46. 4.

[7a] L. 5 pr. D. de stip. serv. 45. 3. „Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus, utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore". Vgl. auch l. 66 § 2 D. de leg. II° 31.

[8] Pars indivisa, pars pro indiviso. L. 5 D. de usufr. 7. 1, l. 5 pr. D. de stip. serv. 45. 3 (Note 7a); l. 1. 64 D. de evict. 21. 2, l. 43 pr. D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 7 pr. D. de exc. rei iud. 44. 2.

[9] Eigenthum: s. z. B. die Stellen der vorigen beiden Noten, mit Ausnahme der l. 5 D. de usufr. 7. 1. Nießbrauch: z. B. l 5 cit., l. 50 eod., l. 25 D. quib. mod. usufr. 7. 4. Pfandrecht: z. B. l. 3 § 2 D. qui pot. 20. 4, l. 7 § 4 D. quib. mod. pign. 20. 6.

[10] Vgl. Eck krit. VJSchr. XIX S. 237, Brinz 2. Aufl. I § 131, Eisele Arch. f. civ. Pr. LXIII S. 29 fg., Randa Eigenthumsrecht § 9 Note 7. Uebereinstimmend in der Sache auch Rümelin die Theilung der Rechte S. 73 fg., der aber nicht von intellectueller, sondern von „anbefohlener" Theilung geredet wissen will. Keinen Fortschritt kann ich erkennen in dem, was jetzt Scheurl in der Schrift: Theilbarkeit als Eigenschaft von Rechten, Erlangen 1884, lehrt, daß getheilt seien die Wirkungen des Rechts. Ich selbst habe in früheren Auflagen dem im Text Gesagten den Ausdruck gegeben: getheilt sei zwischen den Mitberechtigten der Werth der Sache, der Antheil beziehe sich auf den Werth der Sache. Dieser Ausdruck ist angenommen worden von Steinlechner das Wesen der iuris communio (I S. 28 fg. 85 fg. II S. 248 fg.), hat aber andererseits vielfache Anfechtungen gefunden,

Zubehörungen*.

§ 143.

Zubehörungen (Pertinenzen) sind solche Sachen, welche, ohne Bestandtheile einer andern Sache zu sein[1], zu einer andern Sache

und ich glaube jetzt, man thut besser, ihn aufzugeben; jedenfalls fördert er nicht. (Was ist Werth? Ist Werth die Brauchbarkeit der Sache oder ein Urtheil über ihre Brauchbarkeit? Auch wenn man unter Werth die Brauchbarkeit der Sache versteht, spricht doch das Recht dem Berechtigten nicht sowohl einen Antheil an der Brauchbarkeit der Sache zu, als vielmehr an dem, was kraft ihrer Brauchbarkeit von ihr genommen werden kann. Vgl. über den Werthbegriff namentlich Goldschmidt Handelsr. 2. Aufl. II S. 71 fg., Neumann in Schönberg's Handb. der polit. Oekonomie I S. 156 fg.) — Wächter a. a. O. S. 162 fg. (Württemb. Privatr. § 43 Note 12, Pand. I § 64) lehrt (unter Zustimmung von Unger I S. 416), bei der intellectuellen Theilung sei allerdings die Sache nicht getheilt, aber sie werde als getheilt gedacht (Pand.: „jeder auch der geringste physische Punkt der Sache"). So jetzt auch Scheurl a. a. O. S. 23 fg., der aber hinzufügt, diese gedachte Theilung sei keine Fiction, sondern eine wirkliche Theilung der Wirkungsfähigkeit der Sache, und insofern ihrer selbst. Sachtheilung nimmt auch Göppert krit. VJSchr. XIV S. 549 an: die res communis sei die gemeinschaftliche Verkörperung der Sachquoten.

[10a] Diese Auffassung, die übrigens auch mit der im Vorstehenden bezeichneten verbunden wird, ist immer noch die herrschende. S. z. B. Kierulff S. 325—328, Böcking I S. 264, Arndts § 53, Wächter und Unger a. a. OO., Eck doppelseitige Klagen S. 92 fg. und krit. VJSchr. XIX S. 236 fg., Zrodlowski röm. Privatr. II S. 188 fg., Rümelin Theilung der Rechte S. 25 fg. 73 fg., Randa Eigenthumsrecht § 9 Note, Scheurl in der Note 10 bezeichneten Schrift, Wendt Faustrecht S. 118. Die Ungetheiltheit des Rechts wird vertheidigt von Steinlechner in der in der vorigen Note citirten Schrift und Eisele Arch. f. civ. Pr. LXIII S. 27 fg., v. Schey Grünhut's Zeitschr. VIII S. 131 fg. Uebereinstimmend auch Kohler in Puchelt's Zeitschr. f. franz. Civilr. VIII S. 188. Regelsberger Grünhut's Zeitschr. III S. 700 fg. zweifelt, erklärt sich aber das. VI S. 742 fg. gegen Steinlechner.

[11] Die bezeichnete Auffassung hat die Ausdrucksweise der Quellen für sich. S. z. B. l. 11 D. de serv. 8. 1, l. 7 § 3 D. de lib. causa 40. 12 (pars dominii) l. 40 § 4 D. de damno inf. 39. 2, l. 50 pr. D. de leg. I° 30 (portio dominii), l. 7 pr. l. 37 D. de stip. serv. 45. 3 (dominica portio), l. 49 D. de usufr. 7. 1 (quadrans usufructus). Von der anderen Seite kann ein Recht jedenfalls in dem Sinne nicht getheilt sein, daß es nur zum Theil besteht. In welchem anderen Sinne soll es denn getheilt sein? Die bezeichnete Ausdrucksweise der Quellen ist in gleicher Weise ungenau, wie die andere, welche den Antheil auf die Sache bezieht. Sie ist aber bequem, wie jene, und in diesem Sinne nicht zu verwerfen. Näheres § 169a Note 5.

* Gesterding Irrthümer der Rechtsgelehrten S. 300—390 (1818).

in einem solchen Verhältniß stehen, daß sie nach der Verkehrsauffassung als in dieser Sache begriffen angesehen werden[2]. Der Begriff der Zubehörung hat seine juristische Bedeutung darin, daß jede rechtliche Verfügung, welche über eine Sache getroffen wird, auch die Zubehörungen derselben ergreift[3]. Damit eine Sache

Funke die Lehre von den Pertinenzen (1827). Göppert über die organischen Erzeugnisse S. 58—80 (1869). Bechmann der Kauf II S. 369 fg. Kierulff S. 330—338, Böcking I § 81, Sintenis I § 427—430, Wächter I § 65. Württemb. Privatr. II S. 242—259, Unger I § 53—55. Beseler § 78, Stobbe I § 65, Roth I § 81.

§ 143. [1] Dieser negative Theil der Begriffsbestimmung ist bis in die neuere Zeit verkannt worden. Und doch ist das rechtliche Verhältniß der Bestandtheile ein ganz anderes, viel weiter gehendes, als das der Zubehörungen. Der Bestandtheil folgt in aller und jeder Beziehung dem Recht des Ganzen, dessen Bestandtheil er ist, die Zubehörung nur in der im Text genannten. Der Bestandtheil hat (als solcher) für das Recht kein selbständiges Dasein, die Zubehörung nur keine selbständige Bedeutung. Wächter I S. 296 fg. (Erörter. I S. 36 fg., Württemb. Privatr. II S. 243—249), Unger I S. 427—444. S. jedoch auch Dernburg I S. 173.

[2] „Quae quasi pars aedium habentur", l. 13 § 31 D. de A. E. V. 19. 1 (Note 3). L. 49 D. de contr. emt. 18. 1, l. 3 § 1 D. de tritico 33. 6, l. 12 § 23. 24 D. de instr. 33. 7.

[3] L. 13 § 31 D. de A. E. V. 19. 1. „Aedibus distractis vel legatis ea esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur". L. 91 § 5 D. de leg. III° 32 — Es versteht sich von selbst, daß die Auslegung in einem gegebenen Fall möglicherweise noch weiter führen kann, so daß außer den Zubehörungen einer Sache noch andere Sachen als in der Verfügung mitumfaßt angesehen werden müssen (vgl. z. B. l. 3 § 1 D. de trit. leg. 33. 6, l. 3 § 11 l. 4 D. de penu leg. 33. 9); aber wenn man deßwegen, wie namentlich Wächter a. a. O. thut, diese Sachen ebenfalls Pertinenzen nennt und sie den „natürlichen" oder „präsumtiven" Pertinenzen gegenüber stellt, so ist das verwirrend. Denn der Begriff der Pertinenz hat eben darin seine Bedeutung, daß er bestimmend ist für den Umfang einer Willenserklärung, während in dem genannten Fall umgekehrt der aus andern Gründen festgestellte Umfang der Willenserklärung bestimmend ist für die Annahme, daß eine Sache als Zubehörung gemeint sei. Vgl. namentlich Unger I S. 447—453. Göppert a. a. O. will Alles auf Willensinterpretation gestellt und demnach die ganze Lehre von den Zubehörungen beseitigt wissen, obgleich doch auch er einen Unterschied macht zwischen der Auslegung einer Verfügung aus andern Gründen und der Bestimmung des Sinns derselben „nach den Gewohnheiten des Verkehrs", „nach allgemeiner Anschauung im Verkehr". Dagegen halte ich Göppert's Opposition gegen den gewöhnlich gelehrten Satz, daß Alles Zubehörung sei, welches einer andern Sache bleibend diene, für gerechtfertigt (Note 6).

als Zubehörung angesehen werden könne, ist erforderlich, daß sie zum bleibenden Dienst einer andern bestimmt[4], und diese Bestimmung bereits verwirklicht sei[5]; aber nicht Alles, bei welchem diese Voraussetzung zutrifft, ist nach der Verkehrsauffassung Zubehörung[6]. Verbindung ist für den Begriff der Zubehörung weder

---

[4] L. 17 § 7 D. de A. E. V. 19. 1. „Labeo generaliter scribit, ea, quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse, quae vero ad praesens, non esse aedificii, ut puta fistulae temporis quidem causa positae non sunt aedium, verum tamen si perpetuo positae fuerint, aedium sunt". L. 26 pr. D. de instr. 33. 7, l. 242 § 4 D. de V. S. 50. 16. Seuff. Arch. VII. 286, XVIII. 8, XXXIII. 193, Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V. 23.

[5] L. 17 § 10. 11 D. de A. E. V. 19. 1. „Ea quae ex aedificio detracta sunt, ut reponantur, aedificii sunt; at quae parata sunt, ut imponantur, non sunt aedificii. Pali, qui vineae causa parati sunt, antequam collocentur, fundi non sunt; sed qui exemti sunt hac mente, ut collocentur, fundi sunt". L. 18 § 1 eod., l. 83 § 5 D. de V. O. 45. 1.

[6] So ist das Bücherbrett und der Bücherschrank nicht Zubehörung der Bücher, das Futteral nicht Zubehörung des Silbergeschirrs, l. 52 § 3 l. 53 D. de leg. III° 32, vgl. l. 100 § 3 eod. Zubehörung ist eben nicht, was nicht als in einer andern Sache begriffen gilt. Andere Beispiele aus den Quellen sind folgende. Die Gefäße, in welchen Wein oder trockene Verzehrungsgegenstände aufbewahrt werden, sind nicht Zubehörung des Aufbewahrten. L. 3 § 1 D. de tritico 33. 6: — „non pars sunt vini vasa". L. 14 vgl. l. 15 eod., l. 3 § 11 l. 4 D. de penu leg. 33. 9. Statuen sind Zubehörung des Gebäudes, wenn sie zur Architektur gehören, nicht wenn sie: „ornatus . . aedium causa parantur, non quo aedes perficiantur". L. 245 pr. D. de V. S. 50. 16, l. 12 § 23 D. de instructo 33. 7. Zubehörungen eines Gebäudes sind Schlüssel, Schlösser, Vorfenster und Vorthüren, Holzdecken, welche im Winter auf den Steinboden gelegt werden, Brunnendeckel, Röhren zur Wasserleitung — Zubehörung eines Landgutes Dünger und Streu, Zubehörung eines Weinberges die Rebpfähle. L. 13 § 31 — l. 18 D. de A. E. V. 19. 1, l. 242 § 2. 4 l. 245 D. de V. S. 50. 16. Die Grenze ist hier der Natur der Sache nach eine flüssige und eben nur nach der Verkehrsauffassung zu ziehen. So schließt das römische Recht sehr bestimmt das Gutsinventar aus dem Begriff der Zubehörungen aus (l. 1 pr. I. 2 § 1 D. de instructo 33. 7, l. 14 D. de suppell. l. 33. 10), während in deutschen Particularrechten häufig das Gegentheil bestimmt ist. Stobbe a. a. O. Nr. V. Maschinen und andere zu einem Gewerbebetriebe dienenden Gegenstände: Seuff. Arch. VII. 286, XVIII. 207, XXIX. 5. 6 (Bl. f. RAnwend. zunächst in Bayern XXXVII. S. 335 fg. 361 fg.), XXXVI. 256, XXXVII. 89. 286. Buchka und Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock V. 23, IX. 4. Entscheid. des RG. II S. 251, vgl. IX S. 169 fg.

erforderlich noch genügend[7]. Im Uebrigen können nicht bloß unbewegliche Sachen Zubehörungen haben, sondern auch bewegliche[8], und jene nicht bloß bewegliche, sondern auch unbewegliche[9].

Weiter als der Begriff der Zubehörung ist der Begriff der Nebensache (Accession). Nebensache ist jede Sache, welche zu einer andern Sache in einem Abhängigkeitsverhältnisse steht. Der Begriff ist wegen seiner Unbestimmtheit juristisch unbrauchbar[10].

Organische Erzeugnisse und Früchte*.

§ 144.

Die organischen Erzeugnisse einer Sache sind, so lange sie mit der Hauptsache verbunden sind, Theile derselben[1], ein Rechtsver-

---

[7] L. 17 pr. D. de A. E. V. 19. 1. „Fundi nihil est, nisi quod terra se tenet (s. aber auch § 2 eod.), aedium autem multa esse, quae aedibus adfixa non sunt, ignorari non oportet, ut puta seras, claves, claustra. Multa etiam defossa esse, neque tamen fundi aut villae haberi, ut puta vasa vinaria torcularia, quoniam haec instrumenti magis sunt, etiamsi aedificio cohaerent". L. 17 § 10. 11 l. 18 § 1 eod., l. 12 § 25 D. de instructo 33. 7, l. 83 § 5 D. de V. O. 45. 1, l. 2 D. de sepulchro viol. 47. 12; l. 245 pr. D. de V. S. 50. 16. Doch ist die körperliche Verbindung, wenngleich nicht entscheidend, doch auch nicht ohne Bedeutung für die Zubehörungsqualität. Vgl. Seuff. Arch. XVII. 207 und die anderen am Schluß der Note 6 citirten Erkenntnisse.

[8] Dieß wird nicht von Allen anerkannt, so nicht von Böcking I § 81 Note 4; aber es folgt aus der Natur der Sache, und wird durch Stellen wie l. 242 pr. D. de V. S. 50. 16, l. 44 D. de evict. 21. 2, l. 100 § 3 D. de leg. III° 32 nicht widerlegt; vgl. Wächter S. 302 (Württ. Privatr. S. 257).

[9] L. 20 § 1 D. si serv. 8. 5, l. 91 § 4. 5 D. de leg. III° 32. Seuff. Arch. XXII. 214. A. M. Göppert a. a. O. S. 65 fg.

[10] Zu den Nebensachen werden gerechnet außer den Zubehörungen: Früchte, partus ancillae, der im Grundstück gefundene Schatz, alluvio, avulsio, alveus derelictus, insula in flumine nata.

* Heimbach die Lehre von der Frucht (1843). Wächter I § 66, Württ. Privatr. II S. 259—269, Erörter. I. 3. Janke das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers (1862) S. 4—19. Göppert über die organischen Erzeugnisse (1869). Zu letzterer Schrift: Hartmann krit. VJSchr. XI S. 503 fg. Böcking I § 79. 80, Sintenis I S. 422—426, Unger I § 56.

§ 144. [1] L. 44 D. de R. V. 6. 1. „Fructus pendentes pars fundi videntur". L. 40 D. de A. E. V. 10. 1: — „arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo". L. 25 § 6 D. quae in fraud. cred.

hältniß an ihnen als besonderen Sachen ist nicht möglich[2]. Nach ihrer Trennung sind sie neue Sachen, deren rechtliches Verhältniß durch das an der Hauptsache stattfindende Rechtsverhältniß naturgemäß beeinflußt[3], aber nicht mit Nothwendigkeit bestimmt ist[4].

42. 8, l. 12 § 11 D. de instructo 33. 7. Sie sind Theile im eigentlichen Sinn (§ 142 Ziff. 1), nicht Bestandtheile (das. Ziff. 3), weil ein Rechtsverhältniß an ihnen als besonderen Sachen nicht möglich ist. S. die folgende Note.

[2] S. die Stellen § 188 Note 7. Göppert S. 149 fg. Seuff. Arch. XIX. 123, XXXII. 207, XXXV. 274 (unrichtig das. XVIII. 209). Vgl. § 233 Note 5a. — Nähere Ausführung. a) Ein Rechtsverhältniß an ihnen als besonderen Sachen ist nicht möglich. Nicht etwa nur, daß ein solches Rechtsverhältniß sich während der Dauer der Verbindung nicht entfalten und geltend machen kann; sondern es kann nicht entstehen. Beweis hierfür ist, daß nach l. 26 § 1 D. de A. R. D. 41. 1 die mit einer fremden Sache organisch verbundene Sache definitiv in das Eigenthum des Eigenthümers der Sache fällt, mit welcher sie verbunden ist, d. h. daß sie nach ihrer Trennung nicht an den früheren Eigenthümer zurückfällt. Kann an einer organisch verbundenen Sache ein entstandenes Recht nicht fortbestehen, so kann ein Recht an ihr auch nicht entstehen. Nur vereinzelt hat sich in der römischen Jurisprudenz eine entgegengesetzte Auffassung insofern geltend gemacht, als wenigstens nach Einer Meinung dem Sclavenkinde und dem Thierjungen im Mutterleibe das Vitium der Furtivität aufgedrückt werden konnte (l. 26 D. de statu hom. 1. 5, l. 48 § 5 D. de furt. 47. 2, andere Meinungen in l. 10 § 2 D. de usurp. 41. 3, l. 4 § 17 eod.). b) Daraus, daß an ungetrennten Erzeugnissen als besonderen Sachen ein Rechtsverhältniß nicht begründet werden kann, folgt nicht, daß sie nicht als besondere Sachen den Gegenstand von gültigen Rechtsgeschäften und anderen Rechtsacten bilden könnten; sie sind dazu fähig als res futurae. L. 8 D. de contr. emt. 18. 1: — „fructus et partus futuri recte emuntur". L. 15 pr. D. de pign. 20. 1. „Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt, ut fructus pendentes, partus ancillae, fetus pecorum". Seuff. Arch. XXXVIII. 18. Aber ein gegenwärtiges Recht an dem Erzeugniß kann dadurch nicht begründet werden, und daher auch ein Recht an dem getrennten Erzeugniß nur unter der Bedingung, daß es durch die Trennung in das Eigenthum des Verleihers des Rechts gelangt. A. M. in dieser letzteren Beziehung Göppert S. 234 fg. (vgl. § 230 Note 10), indem er geltend macht, daß die Frucht auch vor ihrer Trennung, wenngleich Theil der Muttersache, immerhin existire (S. 158 fg.). Aber sie existirt als besondere Sache nicht für das Recht (lit. a). § 142 Note 4 steht nicht entgegen, denn dort handelt es sich von ungetrennten Theilen einer Sache, die mit dem Ganzen gleichartig sind. Wie Göppert auch Karlowa Rechtsgeschäft S. 40.

[3] Was sich namentlich in dem Satz zeigt, daß Eigenthum an der Muttersache Eigenthum an dem Erzeugniß gibt (§ 186 Note 2).

[4] Der Ausführung der entgegengesetzten Ansicht ist das Buch von

Früchte[5] sind: a) diejenigen organischen Erzeugnisse einer Sache, in denen der Ertrag derselben sich darstellt, d. h. der Nutzen, welchen die Sache ohne Verringerung ihrer Substanz gewährt[6] und durch dessen Gewährung ihre wirthschaftliche Bedeutung bestimmt wird[7]; b) die von einer Sache als Ertrag ge-

Göppert gewidmet. Nach dieser Ansicht faßt das römische Recht das getrennte Erzeugniß nicht als neue Sache, sondern als Substanztheil auf; ist dieß richtig, so ist die Erstreckung des Rechts der Muttersache auf das Erzeugniß logische Consequenz. Vgl. § 226a Note 11 a. E. Doch gibt Göppert selbst zu, daß das römische Recht diese Auffassung nicht unbedingt durchgeführt habe (S. 164 fg.), und die gegen ihn sprechenden l. 10 § 2 D. de usurp. 41. 3 und l. 7 § 3 D. de exc. rei iud. 44. 2 weiß er nur in sehr gezwungener Weise zu beseitigen (in der ersten Stelle sollen die Worte „nec enim esse partum rei furtivae partem" nur sagen, daß der getrennte partus keine wirkliche pars der Muttersache mehr sei, in der zweiten soll Eigenthumsverlust während des Processes und vorherige Abtrennung der zur Zeit des Proceßbeginnes pendenten Früchte zu supponiren sein). Ganz auf der Auffassung des Erzeugnisses als eines Substanztheils beruht die Entscheidung in l. 44 § 2 D. de usurp. 41. 3; aber diese Entscheidung ist von der späteren Jurisprudenz verworfen worden (l. 4 § 18 l. 33 pr. eod.). — Die Göppert'sche Ansicht ist übrigens nicht neu; sie kann vielmehr als die herrschende bezeichnet werden, namentlich wird sie auch von Savigny Besitz S. 313 (276) vertreten. Vgl. Göppert S. 176 fg. Gegen diese Ansicht und für die hier vertheidigte haben sich ausgesprochen: Scheurl Beiträge I Nr. 11, Vangerow I § 326 Anm. I, Dernburg Pfandr. I S. 445 (Pand. I § 78 Note 14), Bremer krit. VJSchr. X S. 33 fg. 57. 65, Hartmann a. a. O., Köppen der Fruchterwerb des b. f. possessor S. 3; für dieselbe Brinz 2. Aufl. I § 145 z. A.

[5] Fructus. Die ursprüngliche Bedeutung des Wortes fructus ist: Genuß. In diesem Sinn wird in zahlreichen Stellen der Quellen gefragt, ob etwas in fructu sei, ob es in fructu numeratur, in fructu habetur (vgl. l. 28 D. de usur. 22. 1, l. 7 § 13. 14 D. sol. matr. 24. 3, l. 48 § 6 D. de furt. 47. 2), und wird von fructus „eorum quoque quae usui non fructui sunt" gesprochen (l. 64 D. de R. V. 6. 1, vgl. l. 4 § 2 l. 6 § 6 D. si serv. 8. 5; l. 4 D. de operis 7. 7). S. noch l. 26 D. de usur. 22. 1, l. 49 eod., l. 19 pr. eod. Göppert S. 21 fg.

[6] Daher sind Bäume eines Grundstücks Frucht desselben nur dann und insoweit, wenn und inwieweit sie nach den Grundsätzen einer vernünftigen Wirthschaft geschlagen zu werden bestimmt sind. L. 7 § 12 D. sol. matr. 24. 3, l. 10. 11. 12 pr. D. de usufr. 7. 1.

[7] Daher zählt das römische Recht die Kinder einer Sclavin nicht zu den Früchten, „quia non temere ancillae eius rei causa comparantur, ut pariant", l. 27 pr. D. de H. P. 5. 3. Vgl. l. 68 pr. D. de usufr. 7. 1, l. 28 § 1 D. de usur. 22. 1. Etwas anders Göppert S. 28 fg.; ganz abweichend Böcking I § 79 Note 5. Aus dem gleichen Grund gehört der

währten Sachen auch dann, wenn sie nicht zu den organischen Erzeugnissen gehören[8]. c) Im weiteren Sinn wird auch derjenige Ertrag, welchen nicht die Sache selbst gewährt, sondern welcher von ihr durch Vermittelung eines Rechtsverhältnisses gewonnen wird[9], zu den Früchten gezählt[10]. Man spricht in diesem Fall von juristischen Früchten, im Gegensatz zu den natürlichen[11].

auf einem Grundstück gefundene Schatz nicht zu den fructus, l. 7 § 12 D. sol. matr. 24. 3.

[8] So Steine, Sand, Kreide. L. 77 D. de V. S. 50. 16. „Frugem pro reditu appellari, non solum quod ex frumentis vel leguminibus, verum et quod ex vino, silvis caeduis, cretifodinis, lapidicinis capitur". L. 7 § 13. 14 l. 8 D. sol. matr. 24. 3, l. 9 § 2. 3 l. 13 § 5 D. de usufr. 7. 1. Allerdings wird durch die Wegnahme dieser Sachen die Substanz des Grundstücks verringert; aber die Verringerung erscheint als keine, weil das Grundstück fortfährt, solche Sachen zu gewähren. Insofern aber dieß möglicherweise auch nicht der Fall sein kann, gehören die „lapides" nicht nothwendig zu den Früchten. Wenn es in l. 7 § 13 D. sol. matr. 24. 3 heißt: „nec in fructu marmor est, nisi tale est, ut lapis ibi renascatur", so muß dahin gestellt bleiben, wie das gedacht ist; jedenfalls wird daraus in der Stelle nicht die Consequenz gezogen, daß der Marmor nur unter der bezeichneten Voraussetzung nach dem Recht der Frucht behandelt werde, sondern lediglich die Consequenz, daß nur unter dieser Voraussetzung Ersatz für die Anlage des Marmorbruchs begehrt werden könne. S. auch l. 18 pr. D. de fundo dot. 23. 5, und vgl. über die verschiedenen Ansichten Schröder Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 246 fg., Göppert S. 24 fg., Czyhlarz Dotalrecht S. 238 Note 7, auch Mommsen zu dieser Stelle in der Note 1 seiner Ausgabe.

[9] Was „non natura pervenit, sed iure percipitur" l. 62 pr. D. de R. V. 6. 1.

[10] So namentlich Miethgelder und Zinsen. L. 38 § 13 D. de usur. 22. 1 („fructus praediorum urbanorum"), l. 8 § 2 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Gewöhnlich aber wird von Miethgeldern und Zinsen gesagt, sie seien nicht eigentlich Früchte, sondern sie würden als Früchte angesehen — pro fructibus accipiuntur, loco sunt fructuum, vicem fructuum obtinent, in fructu numeranda sunt. L. 29 D. de H. P. 5. 3, l. 19 pr. l. 34 l. 36 D. de usur. 22. 1. Ja in l. 121 D. de V. S. 50. 16 heißt es geradezu: „usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, i. e. nova obligatione". Vgl. l. 39 § 1 D. de leg. I° 30, l. 60 [58] § 5 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 11 D. de don. 39. 5, l. 83 pr. D. de leg. III° 32. Zinsen: reditus pecuniae, l. 24 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 30 pr. D. de adim. leg. 34. 4. — Die Opposition, welche neuerlich Stammler Nießbrauch an Forderungen S. 61 fg. gegen

II. Rechtsverhältnisse an Sachen.

§ 145.

Die Sachen sind bestimmt, der Befriedigung menschlicher Bedürfnisse und der Erreichung menschlicher Zwecke zu dienen. Die rechtliche Form, in welcher sie dieß thun, ist regelmäßig die, daß für sie der Wille eines bestimmten Individuums oder einer Mehrheit bestimmter Individuen mit Ausschluß aller anderen Individuen maßgebend ist. Erfaßt dabei der berechtigte Wille die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen, so bezeichnen wir das Rechtsverhältniß als Eigenthumsrecht; erfaßt er sie nur in dieser oder jener einzelnen Beziehung, so sprechen wir von einem Rechte an fremder Sache. Aber auch schon die bloße thatsächliche Geltendmachung des Willens für die Sache, der Besitz, ist ein Rechtsverhältniß, welches wichtige rechtliche Folgen hat. Vom Besitz Eigenthumsrecht, Rechten an fremder Sache ist im Folgenden näher zu handeln.

§ 146*.

Das Rechtsverhältniß, welches an Sachen stattfindet, kann aber auch in einer anderen Weise geordnet sein, so, daß für die Sache nicht der Wille eines oder mehrerer bestimmten Individuen ausschließlich maßgebend ist, sondern daß sie dem gemeinen Gebrauche hingegeben sind. Diese Ordnung des Verhältnisses hat ihren Grund theils in der natürlichen Beschaffenheit der Sachen, welche eine andere Art der Verwendung nicht zuläßt, theils in der den Sachen durch menschliche Willkür gegebenen Bestimmung. Es findet dabei aber noch der Unterschied statt, daß entweder nichts vorhanden ist, als die Rechtsregel, nach welcher die Sache zum

---

die hergebrachte Bestimmung des Begriffs der juristischen Früchte erhoben hat, wiederholt doch wohl nur das in der citirten l. 121 D. de V. S. Gesagte.

[11] Man sagt: fructus civiles, naturales. Die Ausdrücke civilis und naturalis in diesem Sinne sind quellenmäßig (vgl. § 148 Note 12), obgleich sie in Verbindung mit fructus nicht vorkommen.

* Zu § 146 und 147 vgl.: Böcking I § 69—71, Sintenis I § 40, Wächter I § 60 (Württ. Privatr. II § 44), Unger I § 46, Brinz 2. Aufl. I § 125—128. Gerber § 62, Beseler § 76, Stobbe I § 64, Roth I § 79.

gemeinen Gebrauche bestimmt ist, oder daß hinter der durch diese Rechtsregel gewährten Gebrauchsbefugniß ein Eigenthumsrecht steht, welches sich geltend macht, sobald jene wegfällt oder soweit sie nicht Platz greift.

Im Einzelnen gehören hierher folgende Sachen.

1. Die uns umgebende Luft. An ihr ist aus natürlichen Gründen eine irgend welche Privatberechtigung nicht möglich[1].

2. Aus natürlichen Gründen ist auch das Meer mit seinen Küsten dem Gebrauche Aller hingegeben[2]. Jedoch sind die im Meere und auf dessen Küsten gemachten Anlagen der Privatberechtigung nicht entzogen[3], und was die Küsten des Meeres angeht, so bilden dieselben immerhin einen Theil des Gebietes des betreffenden Staates, und daher ist für die Art und Weise ihrer Benützung die Gesetzgebung dieses Staates maßgebend[4].

3. In Betreff der auf dem festen Lande befindlichen Gewässer[5]

---

§ 146.

[1] § 1. 5 I. de R. D. 2. 1 (= l. 2 § 1 D. de D. R. 1. 8).

[2] Die Küste reicht so weit, wie die höchste Flut steigt, § 3 I. de R. D. 2. 1, l. 96 pr. l. 112 D. de V. S. 50. 16.

[3] § 1 I. cit., l. 4 pr. D. de D. R. 1. 8, l. 5 § 1 l. 6 pr. l. 10 D. eod., l. 14 pr. l. 30 § 4 D. de A. R. D. 41. 1.

[4] Dieß erstreckt sich sogar auf die Küstengewässer (den Küstensaum). Vgl. überhaupt Heffter europ. Völkerrecht (4. Aufl.) § 73—76a, Bluntschli das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten (3. Aufl.) § 302. 309. 310. 322. In den Quellen wird zwar die Meeresküste dem Meere selbst als res communis omnium gleichgestellt (§ 1. 5 I. citt.), und als absolut herrenlose Sache bezeichnet (l. 14 pr. D. de A. R. D. 41. 1). Aber andererseits heißt es doch, daß zu Anlagen auf der Meeresküste und im Meere obrigkeitliche Erlaubniß erforderlich sei (l. 50 D. de A. R. D. 41. 1, l. 3 § 1 D. ne quid in loco publ. 43. 8), und in l. 3 pr. eod. wird geradezu gesagt: „litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror". Daher kann der Staat auch Sonderberechtigungen an der Meeresküste und dem Küstensaum verleihen. L. 14 D. de iniur. 47. 10.

[5] Das „Wasserrecht" hat eine sehr umfangreiche Literatur. Vgl. Gesterding Arch. f. civ. Pr. III S. 60 fg. (1822). C. Fr. Günther quaestionum de iure aquarum spec. I—V (1826—1830). Funke Arch. f. civ. Pr. XII S. 274 fg. 432 fg. (1829). Hofmann Versuch in Bearbeitnng des röm. Rechts Heft 2 (1831). Kori Arch. f. civ. Pr. XVIII S. 37 fg. (1835). Elvers Beiträge zum Wasserrecht, Themis N. F. I S. 413 fg., auch besonders abgedruckt (1841). Schwab Arch. f. civ. Pr. XXX Beilageheft (1847). Börner das. XXXVIII S. 149 fg. 359 fg. (1855). Endemann das ländliche Wasserrecht (kurhessisches Recht auf Grundlage des gemeinen, 1862). Heimbach Weiske RLexic. XIV S. 86 fg. (1862).

ist zu unterscheiden zwischen der fließenden Wasserwelle als solcher und der Gesammtheit des Gewässers. Jene ist nicht faßbar und daher kein denkbarer Gegenstand einer Privatberechtigung[6], während bei der Gesammtheit des Gewässers eine solche nicht unmöglich ist. Von der andern Seite hat die Natur nicht alle Gewässer dazu bestimmt, der ausschließlichen Herrschaft Eines oder Einzelner unterworfen zu sein; die größeren Gewässer haben die natürliche Bestimmung, dem gemeinen Gebrauche zu dienen. Eine feste Grenze ist hier der Natur der Sache nach schwer zu ziehen, und das römische Recht hat dieß nicht versucht; indem es den Satz aufstellt, daß die Flüsse dem gemeinen Gebrauche unterworfen seien, nicht aber die Bäche[7], definirt es den Fluß als ein Gewässer, welches sich von dem Bache durch seine Größe oder

---

Hesse Jahrb. f. Dogm. VII S. 179 fg. (1865). Kappeler der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs, entwickelt aus den Quellen des römischen Rechts (1867). Darüber Berchtold krit. VJSchr. XIII S. 140 fg. Hesse die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn 2. Aufl. § 45 fg. (1880). Randa das Eigenthumsrecht S. 51 fg. (1884). S. auch die Lehrbücher des deutschen Privatrechts: Eichhorn § 267. 268, Mittermaier I § 222—223, Gerber § 61. 63, Beseler § 197 (3. Aufl. § 200), Bluntschli § 75 fg., Stobbe § 64, Roth § 79. Roth Bayr. Civilr. III § 282—293. — Uebersicht über den gegenwärtigen Rechtszustand in Deutschland: Brückner Annalen des deutschen Reichs 1877 S. 1—77. Neubauer Zusammenstellung des in Deutschland geltenden Wasserrechts, einschließlich des Mühlen-, Flößerei- und Flötzrechts, unter Benutzung amtlicher Materialien (1881). S. auch Baron Begriff und Bedeutung des öffentlichen und privaten Wasserlaufs nach alten und neuen Gesetzen, Zeitschr. f. vergl. RW. I S. 261 fg. II S. 51 fg.

[6] In diesem Sinne wird in § 1 l. cit. die aqua profluens neben Luft und Meer zu den res omnium communes gerechnet. Vgl. übrigens auch Hesse a. a. O. S. 204 fg., Kappeler S. 43 fg., Brinz 2. Aufl. S. 453. 461, Kohler Jahrb. f. Dogm. XVIII S. 179—180.

[7] Von dem Bache muß dasselbe gelten, was l. 1 § 4 D. de flum. 43. 12 von dem flumen privatum (s. Note 9) sagt, daß er „nihil differt a ceteris locis privatis". L. 1 pr. § 1 eod. Uebrigens ist dieß ein bestrittener Punkt. Vielfach wird behauptet, daß das römische Recht alle beständig fließenden Gewässer, die Bäche nicht ausgenommen, dem gemeinen Gebrauch unterwerfe. S. namentlich Börner a. a. O. S. 155 fg., Hesse Jahrb. a. a. O. S. 181 fg., Kappeler S. 84 fg., Randa a. a. O. S. 54. 55. Seuff. Arch. XIV. 201, XVIII. 7, XIX. 118, XXXIV. 92. 267; XXI. 12, XXIII. 207, XXVII. 264. 206. Buchka u. Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock V S. 68. VII S. 223 fg. (= Seuff. Arch. XXVII. 204). Entscheid. d. RG. VIII S. 134 (= Seuff. Arch. XXXVIII. 299).

durch die Auffassung der Umwohnenden unterscheide[8]. Es fügt aber noch die Beschränkung hinzu, daß Flüsse, welche nicht beständig fließen, dem gemeinen Gebrauche nicht unterworfen seien[9]. — Näher bestimmt sich der Gebrauch, welcher von den öffentlichen Gewässern gemacht werden darf, durch die Vorschriften des betreffenden Staates[10]. Die Befugniß zur Erlassung derselben ist ein Ausfluß des Hoheitsrechts des Staates, und darf nicht etwa auf ein zu Grunde liegendes Eigenthumsrecht desselben zurückgeführt werden[11]. Dagegen kommt in Deutschland das s. g. Wasserregal des Staates, insofern durch dasselbe dem Staate ein vorzugsweises

---

[8] L. 1 § 1 D. de flumin. 43. 12. „Flumen a rivo magnitudine discernendum est, aut existimatione circumcolentium".

[9] L. 1 § 3 eod. „Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non. Publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit (über diesen Begriff § 2 eod). Haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis". Daher heißt es in l. 4 § 1 D. de D. R. 1. 8: „flumina paene omnia publica sunt", welches paene freilich in dem entsprechenden § 2 I, de R. D. 2. 1 weggelassen ist. — Daß das heutige gemeine Recht noch weiter gehe, und auch alle nicht schiff- und flößbaren Flüsse aus der Reihe der öffentlichen Gewässer ausscheide, ist ein oft behaupteter, aber nicht nachgewiesener Satz. Man beruft sich hauptsächlich auf Sachsensp. II. 28 § 4. „Svelk water strames vlüt, dat is gemene to varene unde to vischene inne". Aber abgesehen davon, daß hier sehr wahrscheinlich fließendes Wasser überhaupt im Gegensatz des stehenden gemeint ist (den Gegensatz bildet das „watere an wilder wage" des § 1 eod., und wilde wage ist nach der Glosse — „het water, dat sic wegit na deme winde unde anders nicht"), ist nicht abzusehen, wie der Sachsenspiegel einen Satz des heutigen gemeinen Rechts darzuthun vermag. Vgl. noch Görlitzer Landr. Kap. 34 § 1: „jeglich vlizinde wasser heizet des riches strasse". S. jedoch auch Beseler § 197 Note 2 in der 2. Aufl. (3. Aufl. § 200 Note 2), Stobbe § 64 Note 31. Ebensowenig kann ein das römische Recht abänderndes Gewohnheitsrecht nachgewiesen werden. Vgl. nach Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock VII S. 225. — Flußbett: Seuff. Arch. XXI. 212.

[10] L. 17 D. de S. P. R. 8. 3, l. 2 D. de flum. 43. 12, l. 1 §. 42 D. de aq. quot. 43. 20. Es steht natürlich auch im Belieben des Staates, Fremde auszuschließen, oder nur mit Beschränkungen zuzulassen.

[11] Gegen die Annahme eines solchen Eigenthumsrechts sprechen die Sätze, daß die im Flusse entstandene Insel und daß das verlassene Flußbett den anstoßenden Grundeigenthümern gehören, § 22. 23 I. de R. D. 2. 1. Vgl. Seuff. Arch. XXII. 212, XXX. 114 Nr. I. A. M. Pernice Labeo I S. 273 fg., Burchardi Zeitschr. für Reichs- und Landesr. I S. 107 fg., Zrodlowski röm. Privatr. II S. 51 fg.

Recht auf gewisse Arten der Nützung der öffentlichen Gewässer gewährt wird, in Betracht[12]. Auch Privatpersonen können an öffentlichen Gewässern ein, den gemeinen Gebrauch nicht ausschließendes, vorzugsweises Nützungsrecht durch Privilegium oder unvordenkliche Verjährung erwerben[13]. So weit die Benützung der öffentlichen Gewässer dieß nöthig macht, können auch ihre Ufer von Jedermann benützt werden; im Uebrigen sind dieselben Gegenstand des Privateigenthums[14].

4. Sachen, welche durch menschliche Bestimmung dem gemeinen Gebrauch gewidmet sind, wie Straßen, Wege, Plätze, Brücken, öffentliche Gebäude, Festungswerke ꝛc. ꝛc.[15], hören dadurch nicht auf, im Eigenthum des betreffenden Staates oder der betreffenden Gemeinde[16], möglicherweise auch einer Privatperson[16a],

[12] So ist das Recht der Fischerei in den öffentlichen Gewässern in vielen Staaten Deutschlands Regal. Beseler § 197 (200) Nr. VII, Gerber § 94, Stobbe § 150 Nr. IV. Ueber das s. g. Mühlenregal vgl. Gerber § 63 g. E., Beseler § 197 (200) Nr. VI, Stobbe § 64 a. E. Man pflegt in dem Wasserregal aber auch Befugnisse des Staates zu befassen, welche lediglich Ausflüsse seines Hoheitsrechts sind. Vgl. Gerber a. a. O.

[13] Vgl. die in Note 10 citirten Stellen und l. 3 § 4 D. de aq. quot. 43. 20. Kappeler S. 116 fg. 123 fg. Seuff. Arch. XX. 203, XXI. 193, XXII. 10. 117, XXIII. 110, XXX. 114 Nr. 3. 4.

[14] L. 5 pr. D. de D. R. 1. 8, l. 15 l. 30 § 1 D. de A. R. D. 41. 1, l. 3 D. flum. 43. 12. Begriff des Ufers: Seuff. Arch. XXVIII. 7.

[15] Als „loca quae publico usui destinata sunt" sind sie res publicae, wie die öffentlichen Flüsse. L. 2 § 2—5 D. ne quid in loco publico 43. 8; über öffentliche Wege insbesondere s. l. 2 § 22. 23 eod. Der gemeine Gebrauch ist nicht nothwendigerweise ein allgemeiner Gebrauch, wie sich z. B. bei öffentlichen Gebäuden und Festungswerken zeigt. — Mit dem Ausdruck res publicae werden aber auch solche Sachen bezeichnet, welche, ohne dem gemeinen Gebrauch unterworfen zu sein, sich von andern Sachen nur dadurch unterscheiden, daß ihr Eigenthümer nicht eine Privatperson, sondern der Staat oder eine Gemeinde ist. L. 2 § 4 tit. cit., l. 6 pr. l. 72 § 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 17 D. de V. S. 50. 16. Im engeren und ursprünglichen Sinne sind übrigens nur die Sachen des populus Romanus res publicae. L. 15 D. de V. S. 50. 16. „Bona civitatis abusive publica dicta sunt; sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt". Vgl. l. 16. 17 eod. Ueber die letztere Stelle s. Dernburg in der in Note 17 cit. Schrift S. 4 Anm.*, und überhaupt Kappeler S. 3—4.

[16] In l. 6 § 1 D. de R. D. 1. 8 heißt es von den Sachen, „quae in civitatibus sunt, theatra et stadia et similia, et si qua alia sunt communia civitatum", sie seien „universitatis", in keinem anderen Sinne als

zu stehen. Dieses Eigenthum tritt hervor, sobald die öffentliche Bestimmung der Sache wegfällt, und auch während ihrer Dauer, soweit sie nicht entgegensteht[17]. So lange die öffentliche Be-

wie dieß zugleich von dem „servus communis civitatis" gesagt wird, und daß die genannten Sachen den Römern als res publicae galten, wenn sie auch in jener Stelle als solche nicht bezeichnet werden, ist unzweifelhaft, § 2 I. de inut. stip. 3. 19, l. 83 § 5 l. 137 § 6 D. de V. O. 45. 1, l. 2 § 3 D. ne quid in loco publ. 43. 8. Ferner stützt § 39 I. de R. D. 2. 1 die Entscheidung, daß der „in publico loco vel fiscali" gefundene Schatz zur Hälfte dem fiscus bez. der civitas gebühre, auf den Satz, daß der auf fremdem Grund und Boden gefundene Schatz zur Hälfte an den Eigenthümer falle; welches Argument dadurch nicht abgeschwächt wird, daß in l. 3 § 10 D. de I. F. 49. 14 dem Fiscus als solchem ein Recht am Schatz zuerkannt wird. Andererseits sagt nun zwar l. 1 pr. D. de D. R. 1. 8 von den res publicae, daß sie „nullius in bonis esse creduntur", und man wird diesen Anspruch mit Rücksicht darauf, daß die Stelle unmittelbar zuvor auch die res hereditariae als res nullius bezeichnet, nicht von einem Leugnen des Einzeleigenthums gegenüber dem Corporations- oder Staatseigenthum verstehen dürfen, sondern wird zugeben müssen, daß dadurch das Eigenthum an res publicae überhaupt negirt werden soll, so daß, wenn nun die Stelle hinzufügt: „ipsius enim universitatis esse creduntur" darunter eben nur der an diesen Sachen stattfindende Gemeingebrauch verstanden werden darf. Aber diese Ungenauigkeit der Auffassung erklärt sich leicht aus dem großen Umfang, in welchem bei den res publicae der Gemeingebrauch das Eigenthumsrecht verdeckt; für die äußere Erscheinung freilich tritt das Eigenthum hinter dem Gemeingebrauch fast vollständig zurück. So ist es auch begreiflich, daß in den Quellen die res publicae dieser Art zu den Sachen, welche bloß deßwegen res publicae sind, weil das Subject des Eigenthums der Staat oder eine Gemeinde ist, in Gegensatz gebracht werden. S. die Stellen in Note 15.

[16a] L. 2 § 22. 23 D. ne quid in loco publ. 43. 8. Kappeler S. 12 fg., Wappäus (§ 147) S. 114 fg. A. M. Eisele in der in Note 17 citirten Schrift S. 30 fg. Vgl. Seuff. Arch. IX. 135, XVII. 5, XXXIV. 7, XXXVII. 285. Buchka u. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 293.

[17] S. § 39 I. de R. D. 2. 1 (Note 16). Vgl. auch die Stellen der Note 14. — Nach einer anderen Auffassung sind wenigstens die öffentlichen Sachen des Staates dem Eigenthumsrechte ganz und vollständig entzogen; es wird behauptet, daß sie nur dem Hoheitsrechte des Staates unterworfen seien. Nach dieser Ansicht fällt auch, was die öffentlichen Staatssachen noch an Privatnutzung gewähren, z. B. das an den Seiten der öffentlichen Wege wachsende Gras, dem Staate kraft seines Hoheitsrechts zu; sie muß ferner annehmen, daß, wenn die öffentliche Sache durch eine Bestimmung des Staates dem gemeinen Gebrauche entzogen wird, durch dieselbe zugleich für den Staat ein Eigenthumsrecht erzeugt werde; sie muß endlich auch den Gemeinden an

stimmung der Sache dauert, entscheiden über ihre Benützung die von der competenten Behörde getroffenen Anordnungen[18]. Eine mit dem gemeinen Gebrauch verträgliche Bevorzugung Einzelner der Gesammtheit gegenüber ist auch hier nicht ausgeschlossen[19].

ihren öffentlichen Sachen ein dem Hoheitsrechte des Staates entsprechendes öffentliches Recht zuschreiben. — Die hier bezeichnete Frage ist in der neueren Zeit mit Lebhaftigkeit verhandelt worden bei Gelegenheit eines Rechtsstreites zwischen den Cantonen Basel-Stadt und Basel-Land über das durch den Abbruch der Festungswerke der Stadt Basel gewonnene Terrain. In diesem Rechtsstreite haben Gutachten abgegeben: Keller (zwei), Ihering (ebenfalls zwei), Dernburg; Keller und Ihering gegen, Dernburg für die hier vertheidigte Ansicht. Das erste Gutachten Keller's ist gedruckt unter dem Titel: Rechtsgutachten die Festungswerke der Stadt Basel nach dem gegenwärtigen Rechtsverhältnisse betreffend. Langenthal, Buchdruckerei von Friedrich Herzig, 1861; das zweite Gutachten Keller's findet man in der Schrift (von J. Rüttimann): Nachtrag zu dem Gutachten betreffend die Basler Festungswerke ꝛc. Zürich, Druck von Orell, Füßli und Comp., 1860. Das erste Gutachten Ihering's ist erschienen: Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1862; das Gutachten Dernburg's: Halle, C. E. M. Pfeffer, 1862. Erwiderung Ihering's: Basel, Bahnmaiers Buchdruckerei (C. Schultze), 1862. Ihering hat übrigens von Anfang an das staatliche Hoheitsrecht weniger betont, als Keller, und erkennt jetzt an (über den Grund des Besitzschutzes, 2. Aufl. von 1869 S. 151), daß der Anspruch des Staates auf die Nebenerträge der res publicae so wie das im Falle der Verwandlung einer res publica in eine res privata ihm anfallende Eigenthum „über den Gesichtspunkt eines hoheitlichen Rechts . . hinausreicht und diesem Recht einen privatrechtlichen Charakter verleiht" (womit zu vergleichen ist das zweite Gutachten S. 23). Für das hinter dem Recht des Gemeingebrauchs stehende Eigenthum neuerdings: Wappäus a. a. O. S. 85 fg., Berchtold a. a. O. S. 131 fg., Kappeler a. a. O. S. 4 fg., Bruns in v. Holtzendorff's Encycl. I § 18, Pernice Labeo I S. 267 fg., Burchardi Zeitschr. f. Reichs- und Landesrecht I S. 107 fg. (welcher auch die Flüsse einschließt), Bekker Zeitschr. f. vergl. RW. II S. 35, Zrodlowski röm. Privatr. II S. 46 fg., Gierke Genossenschaftsr. III S. 55, Wächter I S. 275. Dagegen: Lang Württ. Sachenrecht § 17 Note 2. Eisele, über das Rechtsverhältniß der res publicae in publico usu nach römischem Recht, akadem. Programm 1873, schreibt dem Staate und der Gemeinde ein „publicistisches Eigenthum" zu, und will damit ausdrücken, daß den res publicae die Zweckbestimmung zum Gemeingebrauch immanent sei, nicht etwas von Außen Hinzukommendes, sondern etwas durch ihren Begriff Gegebenes. Im Uebrigen erkennt er an, daß dieses publicistische Eigenthum, wo der publicus usus nicht entgegensteht, dem Privateigenthum „gleichwerthig" sei, daß auch nach Aufhebung des publicus usus sich das publicistische Eigenthum sofort in Privateigenthum für das Subject des bisherigen publicistischen Eigenthums verwandele. Ich weiß nicht, ob nicht dieses

Die Handhabung der Ordnung in der Benützung der dem gemeinen Gebrauch hingegebenen Sachen erfolgt entweder auf polizeilichem Wege, oder dadurch, daß gegen den Verletzer ein Privatanspruch gewährt wird. Das Erste gehört nicht in das Privatrecht, von dem Zweiten wird des Näheren im Obligationenrecht die Rede sein[20].

§ 147*.

Die für den gemeinen Gebrauch bestimmten Sachen sind durch diese ihre Bestimmung dem Verkehre entzogen, d. h. es können an ihnen nicht nach den für andere Sachen geltenden Grundsätzen, und im Besonderen nicht in Widerspruch mit dem ihnen aufgedrückten Rechtsverhältniß des gemeinen Gebrauchs, Rechte erworben werden[1]. Rechtsgeschäfte auf Leistung einer solchen Sache

---

„publicistische Eigenthum" in der Wirklichkeit nichts Anderes ist, als das gewöhnliche Eigenthum, welches die der Sache aufgedrückte Zweckbestimmung zum publicus usus zu respectiren hat. S. auch Hölder krit. VJSchr. XVI S. 443 fg., Gierke a. a. O. — Das Recht des Gemeingebrauchs selbst faßt Ihering jetzt Geist des röm. Rechts III S. 334 fg. (2. Aufl. S. 346 fg.), der Zweck im Rechte I S. 466 fg. (2. Aufl.), als eigenes Recht des Bürgers auf, nicht als auf Gestattung (Ordnung) des Staats oder der Gemeinde beruhend. Für das römische Recht theilt diese Ansicht auch Bruns Zeitschr. f. RGesch. III S. 206—208; für das heutige findet er sie „etwas bedenklich". Dawider Reuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 131, Eisele a. a. O. S. 17 fg. 27 fg., Brinz 2. Aufl. I S. 464 fg. Vgl. auch Gierke a. a. O. S. 45 fg.

[18] Namentlich auch über die Zulassung von solchen Personen, welche dem betreffenden Staate und der betreffenden Gemeinde nicht angehören. Seuff. Arch. XXIX. 213, XXXIV. 90. 91.

[19] L. 18 § 1 D. de aqua et aquae 39. 3, l. 2 pr. § 10. 15—17 D. ne quid in loco publ. 43. 8, l. 1 pr. D. de loco publ. fruendo 43. 9, l 3 § 4 D. quod vi aut clam 43. 24. Kappeler S. 116 fg.

[20] S. II § 467.

* Wappäus zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach römischem und heutigem Recht. Göttigen 1867. Darüber Berchtold krit. VJSchr. XIII S. 119 fg. Vgl. auch Thöl Handelsrecht 5. Aufl. II § 205.

[1] L. 34 § 1 D. de contr. emt. 18. 1. „Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit; quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est". L. 6 pr. eod., § 2 l. de inut. stiv. 3. 19, l. 83 § 5 l. 137 § 6 D. de V. O. 45. 1. In Betreff der Ersitzung s. § 182. 183. — § 147.

sind Rechtsgeschäfte auf eine unmögliche Leistung, worüber das Nähere im Obligationenrecht vorgetragen werden wird[1a]. Insofern ihre Bestimmung für den gemeinen Gebrauch wegfallen kann, sind sie auch fähig, Verkehrsgegenstände zu werden.

Die Eigenschaft, dem Verkehr entzogen zu sein, ist keine ausschließliche Eigenschaft der für den gemeinen Gebrauch bestimmten Sachen. Sie zeigt sich namentlich auch bei den für den Gottesdienst geweihten Sachen und den Begräbnißplätzen[2]. Wenn das römische Recht noch weiter ging, und diese Sachen, als aus dem Bereiche menschlichen Rechts ganz ausgeschieden, für unfähig erklärte, im Eigenthum zu stehen[3], so gilt dieß für das heutige Recht nicht mehr; nach heutigem Recht stehen die geweihten Sachen im Eigenthum der betreffenden Kirchengemeinde, möglicherweise auch im Privateigenthum[4], die Begräbnißplätze im Eigenthum der

Andere (so auch Eisele a. a. O. S. 13 fg.) sehen das Wesen der s. g. res extra commercium darin, daß an ihnen Eigenthum unmöglich sei. Dagegen beweisen die in § 146 Note 16 und in diesem § Note 6 genannten Stellen und die römische Formel der Interdiction des Verschwenders: „ob eam rem tibi ea re commercioque interdico" (Paul. sent. III. 4a § 7). Vgl. auch die Definition bei Ulp. XIX. 5.: „commercium est emendi vendendique invicem ius". Aber freilich, was ein Privatmann nicht erwerben kann, das kann er auch nicht „habere vel possidere vel persequi" (l. 34 § 1 cit.). Wappäus S. 1—8 stellt den Begriff des extra commercium esse zwar nicht auf den Ausschluß des Eigenthums, aber doch immer auf Rechtsausschluß (Ausschluß einzelner Rechte, Ausschluß der Rechte einzelner Personen, Ausschluß einzelner Rechte für einzelne Personen). S. dagegen auch l. 62 D. de A. R. D. 41. 1. Vgl. Randa Eigenthum § 3 Note 3.

[1a] S. II § 315.

[2] Res sacrae und religiosae nach römischer Bezeichnungsweise.

[3] § 7—9 I. de R. D. 2. 1, l. 6 § 2 l. 9 D. de D. R. 1. 8. Diese Unfähigkeit schloß jedoch ein privatives Begräbnißrecht nicht aus. L. 4 D. de mort. inf. 11. 8, l. 3 pr. § 9. 10 l. 6 D. de sep. viol. 47. 12, l. 4. 6. 8. 13 C. de rel. 3. 44, l. 2 § 2 D. de interd. 43. 1. Vgl. l. 21 C. de ss. eccl. 1. 2, rubr. tit. C. 7. 38 ne rei dominicae vel templorum vindicatio temporis praescriptione summoveatur. Jhering Geist des röm. R. III S. 346. Darüber, daß die res sacrae und religiosae dem Verkehr entzogen sind, s. die in Note 1 genannten Stellen. Zu den res divini iuris zählt das römische Recht noch die res sanctae, d. h. die durch eine besondere Sanction gegen Verletzung geschützten Sachen (§ 10 I. de R. D. 2. 1, l. 6 § 2 l. 8. 9 § 3. 4 D. de D. R. 1. 8). Etwas Entsprechendes haben wir in unseren befriedeten Sachen, deren Begriff aber bloß für das Strafrecht Bedeutung hat.

[4] Z. B. Privatkapellen, Kirchenstühle: Entsch. d. RG. VII S. 136 (=

betreffenden Kirchen- oder politischen Gemeinde, oder auch im Privateigenthum[5]. Auch andere Sachen können durch besondere factische Verhältnisse oder rechtliche Bestimmungen dem Verkehr entzogen, oder es kann der Verkehr an ihnen mehr oder minder erschwert sein, worüber sich im Allgemeinen nichts Näheres sagen läßt[6].

Zweites Kapitel.

Der Besitz*.

I. Begriff und rechtliche Bedeutung des Besitzes.

A. Sachbesitz.

§ 148.

Eine Sache besitzen heißt, sie thatsächlich in seiner Gewalt haben[1]. Diese thatsächliche Gewalt kann eine rechtlich gerechtfertigte

Seuff. Arch. XXXVIII. 238). — Schon Justinian gestattete Veräußerung der beweglichen res sacrae zum Zweck der Loskaufung von Gefangenen und der Deckung von Kirchenschulden, § 8 I. de R. D. 2. 1, l. 21 C. de ss. eccl. 1. 2, Nov. 120 c. 10.

[5] Walter Kirchenrecht § 246. 262 (7. Aufl.), Richter Kirchenrecht (7. Aufl.) § 305, Friedberg Kirchenrecht (2. Aufl.) § 176. 177. Wappäus S. 49—73. Seuff. Arch. VI. 140.

[6] In l. 1 § 2 D. quae res pign. 20. 3 wird der Begriff der res „cuius commercium non est", auf die res litigiosa wegen des für dieselbe geltenden Veräußerungsverbotes, in l. 39 § 10 D. de leg. I° 30 auf die zum patrimonium Caesaris gehörigen Sachen, weil ihre Veräußerung einen besonderen Befehl desselben voraussetze, bezogen. Vgl. noch l. 1 C. ne christian. manc. 1. 10. Verbotene Sachen (durch gesetzliche Bestimmung verbotene Sachen), wie z. B. verbotene Waffen, verbotene Bücher sind dem Verkehr in demselben Sinn entzogen, wie die römischen res sacrae und religiosae, d. h. es ist an ihnen ein Recht überhaupt unmöglich, vgl. l. 4 § 1 D. fam. erc. 10. 2. Hierhin gehört auch der menschliche Leichnam. Vgl. Wappäus S. 17 fg. 47 fg., Goldschmidt Handelsr. 2. Aufl. II § 60 Note 3b—4, Dernburg I § 69 Note 4. 5.

* Dig. 41. 2 de adquirenda vel amittenda possessione. Cod. 7. 32 de adquirenda et retinenda possessione. Das Hauptwerk über diesen Gegenstand, die Grundlage aller späteren Forschungen, ist das von Savigny: das Recht des Besitzes, 1. Aufl. 1803, 6. Aufl. 1836, 7. Aufl., herausgegeben von Rudorff mit einem Anhange, 1865. (Im Folgenden citirt: Savigny

sein, oder nicht; für den Begriff des Besitzes ist dieß gleichgültig. Indem wir von Besitz reden, sehen wir von dem Rechte zu besitzen ab[2].

---

schlechthin, die Seitenzahlen der 7. Aufl. in Klammern) Neuere Schriften sind: Bruns das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. 1848. Lenz das Recht des Besitzes und seine Grundlagen. 1860. (S. über diese Schrift die streng richtende Kritik von Esmarch krit. VJSchr. IV S. 190 fg.) Randa der Besitz nach österr. Rechte mit Berücksichtigung des preuß., franz. und sächs. Gesetzbuchs. 1865. Dritte Aufl. 1879. (Nach dieser dritten Auflage wird hier citirt. Ueber die erste Arndts krit. VJSchr. VIII S. 378 fg. Vgl. auch Grünhut's Zeitschr. V S. 720 Note*.) Meischeider Besitz und Besitzesschutz. 1875. 1876. (Der Grundgedanke dieser Schrift ist, daß die Lehre vom Besitz im röm. Recht einen einheitlichen Ausdruck nicht gefunden habe, und daß die mittelalterliche Entwickelung aus dem Besitz ein Recht zum Besitze gemacht habe. Anzeigen dieser Schrift von Randa in der krit. VJSchr. XVIII S. 321 fg. und in Grünhut's Zeitschr. III S. 701 fg., von Scheurl Jenaische Literaturzeit. 1876 Nr. 20, von Pernice Zeitschr. f. Handelsr. XXII S. 415 fg. Ueber und gegen die Anzeigen von Randa Meischeider krit. VJSchr. XIX S. 210 fg.) B. v. Liebe der Besitz als Recht in thesi. 1876. (Darüber Randa Grünhut's Zeitschr. IV S. 368 fg. und krit. VJSchr. XIX S. 451 fg.) Kindel die Grundlagen des röm. Besitzrechts. 1883. (Zusammenstellung einer Reihe von Aufsätzen, die seit 1877 in Gruchot's Beiträgen erschienen sind. Darüber Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. XXX S. 283 fg., Merkel Mecklenb. Zeitschr. f. RPfl. u. RW. IV S. 200 fg., Bähr krit. VJSchr. XXVII S. 171 fg.) Bekker das Recht des Besitzes bei den Römern. 1880. (Auch Bekker wirft, wie Meischeider, der römischen Besitzlehre Unfertigkeit vor. Vgl. § 148 Note 11. Anzeigen seiner Schrift: Kindel Gruchot's Beiträge XXV S. 497 fg., Brinz krit. VJSchr. XXIII S. 388 fg., Drukker nieuwe bydragen for rechtsgeleerdheid en wetgeving 1881 p. 365 fg.; gegen Brinz Bekker Zeitschr. der Sav.-Stift. V S. 151 fg.) H. Duncker die Besitzklage und der Besitz. 1884. (Darüber Bähr krit. VJSchr. XXVII S. 168 fg.) — Ueber die seltsamen Ansichten, welche Seitz in seinem Aufsatz in Grünhut's Zeitschr. VI S. 397 fg. 559 fg. 694 fg. (1879) und in der Schrift: das heutige positive und nationale Besitzrecht in seiner Unabhängigkeit von der röm. possessio (1880), vgl. dazu jetzt Grundlagen der Geschichte der röm. possessio (1884), vertritt, s. Meischeider Gruchot's Beitr. XXV S. 495 fg., Ryk Zeitschr. f. Handelsr. XXIII S. 388 fg. 416 fg., Drukker a. a. O. p. 365 fg., Bähr krit. VJSchr. XXVII S. 163 fg. — Ohne Werth ist Zielonacki der Besitz nach R. R. 1854. Dagegen ist noch zu beachten der von Puchta verfaßte Artikel Besitz in Weiske's RLexicon, und sogleich hier zu nennen, obgleich sie nur einen Theil der Lehre vom Besitz umfaßt, die geistreiche Schrift von Jhering über den Grund des Besitzesschutzes, 1. Aufl. (auch in Jahrb. f. Dogm. IX S. 1 fg.) 1868, 2. Aufl. 1869 (im Folgenden nach beiden Auflagen citirt, die Seiten-

Der Besitz, obgleich kein Recht, hat rechtliche Folgen. In dieser Beziehung ist aber zu unterscheiden zwischen den verschiedenen Arten des Besitzes. Es kommt auf den Zustand des Inneren des Besitzenden an. Der Besitzende kann möglicherweise den Willen haben, die Sache für sich zu besitzen; oder er kann die Sache für einen Anderen besitzen wollen, wie z. B. derjenige thut, dem eine Sache geliehen, dem sie vermiethet worden ist; oder es ist endlich auch möglich, daß er gar keinen Willen im Betreff seines Besitzes hat, indem ihm alles Bewußtsein vom Besitze fehlt.

Der Besitz, bei welchem das Bewußtsein des Besitzens und somit aller Wille des Besitzers fehlt, hat rechtliche Folgen nicht; er ist ein dem Rechte gleichgültiges Factum[3].

Der Besitz, welcher durch den Willen des Besitzers festgehalten wird, mag dieser Wille auf ein Besitzen für sich oder auf ein Besitzen für einen Andern gerichtet sein, hat diejenige rechtliche Bedeutung, welche einem jeden thatsächlichen Zustande zukommt, der durch die Macht und den Willen einer Person besteht. Insofern nämlich dieser Zustand dem Rechte nicht entspricht, liegt in der Festhaltung desselben eine Rechtsverletzung, die einen Anspruch auf Wiederaufhebung der Verletzung und gegebenen Falls ein Klagerecht begründet (§ 122). Von der anderen Seite gewährt

---

zahlen der zweiten Auflage in Klammern). Ueber diese Schrift: R. Schmid krit. VJSchr. XII S. 70 fg.

[1] Die deutsche wie die römische Sprache bezeichnen dieses Verhältniß nach § 148. einer sehr concreten Auffassung. L. 1 pr. D. h. t. „Possessio appellata est . . . a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit . .“. Vgl. J. Grimm das Wort des Besitzes. Eine linguistische Abhandlung. Berlin 1850.

[2] „Nihil commune habet possessio cum proprietate“, l. 12 § 1 D. h. t. „Separata esse debet possessio a proprietate“, l. 1 § 2 D. uti poss. 43. 17. L. 2 eod., l. 3 § 5 l. 52 pr. D. h. t. Es ist eine Unart der Sprache des Lebens, daß sie gern Besitz sagt, wo sie Eigenthum meint; den Anfänger dagegen ausdrücklich zu warnen, erscheint nicht überflüssig. Uebrigens ist auch der Sprache unserer Quellen diese Unart nicht ganz fremd. Possessio bezeichnet ihnen auch, was wir Besitzung, possessor, was wir Grundbesitzer, Gutsbesitzer nennen, vgl. z. B. l. 78 D. de V. S. 50. 16, l. 15 D. qui satisd. 2. 8. Auf demselben Zuge beruht die Identificirung der Sache mit dem Eigenthumsrecht an der Sache, woraus die Unterscheidung zwischen res corporales und incorporales entstanden ist.

[3] Vgl. Bruns S. 466. 467, Rudorff Anhang Nr. 2.

das thatsächliche Bestehen eines Zustandes demjenigen, welcher ihn mit seinem Willen festhält, den Vortheil, daß er im Processe der Beklagte, somit frei vom Beweise ist, und daß er gegen die Klage des Gegners, wie Einreden überhaupt, so namentlich auch einredeweise solche Ansprüche geltend machen kann, durch deren Befriedigung die Durchführbarkeit des gegnerischen Anspruchs rechtlich bedingt ist (s. g. Retentionsrecht). Eigenmacht des Gegners darf er durch Selbstvertheidigung zurückweisen. Alles dieses gilt, wie für thatsächliche Zustände überhaupt, so auch für den Besitz[4].

Viel wichtiger sind die rechtlichen Folgen desjenigen Besitzes, welcher der Ausdruck des Willens die Sache für sich zu haben, welcher die thatsächliche Verwirklichung des Willens sich die Sache anzueignen ist. Dieser Besitz wird nämlich

1) in gewissem Maße rechtlich geschützt. Der Schutz, welchen der bezeichnete Besitz im römischen Recht gefunden hat, beruht auf einem doppelten Gesichtspunkt.

a) Eigenmächtige Eingriffe in diesen Besitz erklärt das römische Recht als solche für Unrecht, und gewährt gegen dieselben dem Besitzer einen Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes. Die processualische Form dieses Anspruchs im römischen Recht war die des Interdicts; deßwegen spricht man auch von Interdictenschutz[5] und Interdictenbesitz. Der Interdicten-

[4] L. 9 D. de R. V. 6. 1, l. 3 § 15 l. 4 l. 5 pr. § 1 D. ad exh. 10. 4; § 4 I. de interd. 4. 15, l. 5 pr. D. si usufr. 7. 6, l. 21 D. de prob. 22. 3; l. 1 C. unde vi 8. 4 (Savigny § 3 Nr. 5). In Betreff der Freiheit des Besitzers von der Beweislast vgl. noch Hedemann Erwerb und Schutz der Servituten (1864) S. 100 fg., und dazu Rudorff Anhang Nr. 9. In Betreff der Selbstvertheidigung: Randa § 6 Note 8. Das Recht der Selbstvertheidigung steht dem Besitzer in fremdem Namen auch gegen denjenigen zu, in dessen Namen er besitzt; aber daraus folgt nicht, daß nicht in dem Festhalten der Sache gegen dessen Willen eine Besitzverletzung liegt. Doch sind die Meinungen getheilt. Vgl. Ziebarth die Realexecution und die Obligation S. 10 fg. 124 fg., Bekker a. a. O. S. 280 fg., Wendt Faustrecht S. 176 fg. Auch II § 400 Note 7.

[5] Rechtshistorische Frage: war der Schutz des Besitzes auch die ursprüngliche Function der römischen Interdicte, oder war ihre ursprüngliche Function eine andere, Regelung der Parteirolle im Eigenthumsprocesse? So namentlich Bekker S. 92 fg. Schutz des Verhältnisses am ager publicus? Niebuhr röm. Gesch. II S. 168 fg., Savigny § 12a, neuerdings Dernburg Entwickelung und Begriff des juristischen Besitzes des röm. R. (1883); gegen

schutz ist der Ausdruck der Anerkennung der Thatsache als solcher. Der durch den Willen einer Person begründete und festgehaltene thatsächliche Zustand einer Sache soll geachtet werden, bis er durch die vom Staate aufgestellten Organe der Rechtsordnung für dem Rechte nicht entsprechend erklärt worden ist; wer ihm gegenüber seinen Willen durch eigene Macht durchsetzt, begeht, wie sehr auch der Inhalt seines Willens berechtigt sein mag, ein formales Unrecht[6].

Letzteren Bekker Zeitschr. der Sav.-Stift. V S. 143 fg.; dagegen wieder Dernburg Pand. I § 171. Vgl. auch Meischeider S. 51 fg.

[6] Für die Beantwortung der weiteren Frage, welches der Grund sei, aus welchem das römische Recht der Thatsache des Besitzes als solcher Anerkennung gewährt habe, bieten unsere Quellen keinen Anhalt, und es ist nicht gestattet, dasjenige was wir als Grund des dem Besitze gebührenden Schutzes zu erkennen glauben, in das römische Recht hineinzutragen. Diesen Standpunkt macht mit Energie Bekker in der bei * genannten Schrift geltend (vgl. Zeitschr. XVIII S. 20 fg., Aktionen II S. 28. 29, s. übrigens auch Meischeider S. 51 fg.), und ich erkenne die Berechtigung desselben bereitwillig an. Deßwegen habe ich den in den früheren Auflagen enthaltenen Bericht über die zahlreichen Ansichten, welche in Betreff des rechtsphilosophischen Grundes des Besitzschutzes aufgestellt worden sind, in dieser Auflage weggelassen, indem ich auf die Uebersichten bei Savigny S. 46 (60) fg., Rudorff Anhang Nr. 19, Randa § 8, Jhering S. 4 fg., Meischeider § 29 fg., Kindel S. 199 verweise, und nur hervorhebe, daß unter diesen Ansichten diejenige im Vordergrund steht, welche, im Einzelnen in verschiedenen Wendungen, den Grund des Schutzes des Besitzes in der Bedeutung sieht, welche dem Willen als solchem zukomme. — Nicht übergangen werden darf die von Jhering a. a. O. aufgestellte Ansicht; dieselbe bezieht sich aber, wie der Verf. jetzt ausdrücklich erklärt (Scherz und Ernst in der Jurisprudenz S. 323) nicht auf den rechtsphilosophischen Grund des Schutzes des Besitzes, sondern auf den Grund des Schutzes des Besitzes im römischen Recht. Nach dieser Ansicht wird der Besitz nicht um seiner selbst willen geschützt, sondern um des (weniger möglicher- als wahrscheinlicherweise, vgl. a. a. O. S. 25 fg. 45 fg.) hinter ihm stehenden Eigenthums wegen: „der Schutz des Besitzes . . ist eine nothwendige Vervollständigung und Ergänzung des Eigenthumsschutzes, eine dem Eigenthümer zugedachte Beweiserleichterung, die aber nothwendigerweise auch dem Nichteigenthümer zukommt". Hiergegen: a) Wenn der Besitz um des Eigenthums willen geschützt wird, so kann er nicht gegen das Eigenthum geschützt werden: nun aber ist es, wie auch Jhering selbst anerkennt, der Fundamentalsatz der Besitzesschutzlehre, daß im Possessorium petitorische Einreden ausgeschlossen sind, selbst wenn sie sofort liquid sind. Das römische Recht gestattet den Gegenbeweis des Eigenthums sogar gegenüber dem redlichen

b. Der Besitz, obgleich nur Thatsache, hat doch für den Besitzer Werth. Unter diesem Gesichtspunkt hat das römische Recht auf den bezeichneten Besitz die Grundsätze von der ungerechtfertigten Bereicherung angewendet (II § 421 fg.); an wen ein fremder Besitz ohne rechtfertigenden Grund gelangt ist, der muß ihn dem früheren Besitzer zurückerstatten[7].

2. Der bezeichnete Besitz führt unter gewissen Voraussetzungen, im Allgemeinen wenn er redlich und gerechtfertigt ist, durch seine Fortsetzung zum Eigenthum; seine Dauer verwandelt die Thatsache in Recht[8].

3. Unter anderen Voraussetzungen gewährt der bezeichnete Besitz Eigenthum sofort. Dieß ist dann der Fall, wenn die in

---

Besitz, der doch dem Eigenthum viel näher steht, als der bloße Besitz. b) Geschützt wird nicht der Besitz als solcher, sondern nur der in gewisser Weise gestörte und verletzte Besitz: die Jhering'sche Beweiserleichterung kommt nicht dem Besitzer als solchem, sondern nur demjenigen Besitzer zu Gute, in dessen Besitz wider seinen Willen eingegriffen worden ist — sie hat ihren Grund in dem gegen den Besitzer verübten Unrecht. Vgl. S. 93. 106. 110. 111. 113. 126. 131. 132. Jhering hat also, wie mir scheint, dem Besitzesschutz mehr einen andern Ausdruck, als einen neuen Grund gegeben. Für Jhering haben sich ausgesprochen: Hauser in seiner Schrift über die Stellvertretung im Besitze S. 7. 8. 13 fg. und Zeitschr. f. Reichs- und Landesrecht I S. 37 fg., Reuling Zeitschr. f. Handelsr. XIII S. 320 fg., s. auch Lang Württemb. Sachenrecht § 9 Note 1; gegen ihn: Schmid a. a. O., Arndts 7. Aufl. § 135 Anm. 2, Dernburg Preuß. Privatr. I § 156, Bruns in v. Holtzendorff's Encyclop. I § 31 und in seiner Schrift über die „Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts" (Weimar 1874) S. 274 fg., Bekker Aktionen II S. 329, Meischeider S. 47. 48, Randa S. 78 fg., Brinz 2. Aufl. S. 729 fg., Wächter II S. 45 fg. Neuerdings wird die Jhering'sche Auffassung wieder im Wesentlichen (nur mit Ausdehnung auf den Rechtsbesitz) vertreten in folgendem Werke: La posesion, apuntes et fragmentes de una nueva teoria posesoria. Por Ramon de Dalmau et de Olivart, Marqués de Olivart. Barcelona 1884. Dieses Werk, welches nach des Verf. Absicht die philosophische Einleitung zu einer Darstellung des Besitzesrechtes aller Zeiten und aller Völker sein soll, gereicht der spanischen Rechtswissenschaft zur Ehre.

[7] Das Nähere in § 161.

[8] Durch Fortsetzung des Besitzes wird die Sache er-sessen, usu-capitur, — Die Publicianische Klage und die bevorzugte Stellung gegenüber den Früchten der Sache setzen nicht redlichen Besitz, sondern nur redlichen Erwerb voraus. S. § 166.

Besitz genommene Sache eine herrenlose war, oder der bisherige Eigenthümer Eigenthum und Besitz an derselben zu dem Ende aufgegeben hat, damit der neue Erwerber sie als eigene habe[9].

Bei dieser weitaus überwiegenden Wichtigkeit der rechtlichen Folgen, welche an den mit dem Aneignungswillen verbundenen Besitz geknüpft sind, ist es erklärlich; daß dieser Besitz in der Rechtssprache Besitz schlechthin genannt wird[10]. Zur Unterscheidung beider Arten des Besitzes, des Besitzes mit und des Besitzes ohne Aneignungswillen, dienen die Ausdrücke: juristischer und natürlicher Besitz. Der natürliche Besitz heißt auch Inhabung, Detention.

Der Ausdruck Besitz hat aber noch einen anderen, noch juristischeren Sinn. Es kommt nämlich vor, daß obgleich in einem gegebenen Fall das thatsächliche Haben oder der Aneignungswille nicht vorhanden ist, das Recht die an den juristischen Besitz angeknüpften Vortheile dennoch gewährt. Dann wird im juristischen Sprachgebrauche nicht gesagt, es seien die Besitzesvortheile ohne den Besitz vorhanden, sondern geradezu, es sei Besitz vorhanden. Man hat also dann einen juristischen Besitz, welcher kein wirklicher Besitz ist. In gleicher Weise wird, wenn, wie das ebenfalls vorkommt, in einem gegebenen Fall die Besitzesvortheile nicht gewährt werden, obgleich juristischer Besitz in dem vorher angegebenen Sinn vorhanden ist, im juristischen Sprachgebrauch nicht gesagt, es sei zwar Besitz vorhanden, aber ohne Besitzesvortheile, sondern geradezu, es sei kein Besitz vorhanden. Man hat also dann einen Besitz, der in dem einen Sinn ein juristischer Besitz ist, in dem andern Sinne nicht[11].[12]

---

[9] Savigny (S. 12 [33. 34]), welchem die Meisten folgen, will den Eigenthumserwerb durch Occupation und Tradition unter den Wirkungen des Besitzes nicht mit aufgezählt wissen, weil der Grund des Eigenthums hier nicht „der Besitz als eigener, dauernder Zustand" sei. Das ist gewiß richtig; aber deßwegen ist es doch nicht weniger der Besitz, welcher Eigenthum wirkt, freilich in Verbindung mit Anderem — aber das ist auch bei der Ersitzung der Fall. Und auch was den Besitzesschutz angeht § 150 Ziff. 3 a. E.

[10] L. 18 pr. D. h. t.: — „nec idem est possidere et alieno nomine possidere; nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium".

[11] Diese rechtliche Beimischung des Begriffs des Besitzes wird in den

§ 149.

Als Elemente des Begriffs des juristischen Besitzes sind angegeben worden: 1) die thatsächliche Gewalt über die Sache;

Quellen sehr bestimmt anerkannt. Wenn es auf der einen Seite heißt, der Besitz sei eine „res facti", „plurimum facti habet", und daraus die Unanwendbarkeit von Bestimmungen hergeleitet wird, welche bloß das Rechtliche zum Gegenstand haben (l. 1 § 3. 4 D. h. t., l. 19 D. ex quib. caus. mai. 4. 6.), so wird auf der andern Seite gesagt: „non tantum corporis sed et iuris est", „plurimum ex iure mutuatur", und es wird damit umgekehrt die Anwendbarkeit solcher Bestimmungen gerechtfertigt (l. 49 pr. § 1 D. h. t.). Daß auch l. 10 C. h. t. hierher zu beziehen sei, ist wenig wahrscheinlich. Vgl. Savigny S. 154. 210 (141. 193), Böcking § 126 Note 1. — Es kommt auch vor, daß bei nicht vorhandenem Besitze der Besitzesvortheile nur theilweise gewährt, daß sie bei vorhandenem nur theilweise abgesprochen werden. Dann wird gesagt, der Besitz sei in dieser oder jener Beziehung vorhanden oder nicht vorhanden. Vgl. l. 1 § 15 D. h. t., l. 16 D. de usurp. 41. 3. — Bekker a. a. O. (s. namentlich S. 333) macht aus der im Text bezeichneten Ausdrucksweise den römischen Juristen einen schweren Vorwurf. Ich halte denselben nicht für gerechtfertigt. Bekker geht davon aus, possessio bezeichne in unseren Quellen bald die thatsächliche Voraussetzung der Rechtsfolge, bald die Rechtsfolge selbst. Das ist nicht meine Ansicht. Nach meiner Ansicht bezeichnet possessio immer ein thatsächliches Verhältniß, nur bald ein wirklich vorhandenes, bald ein als vorhanden angenommenes. Indem die römischen Juristen in den im Text bezeichneten Fällen nicht von Rechtsfolgen des Besitzes, sondern von Besitz sprachen, erzielten sie eine Einheitlichkeit und Bequemlichkeit der Terminologie, die, wenn sie gefehlt hätte, schwer vermißt worden sein würde. Wenn Bekker noch weiter geht und behauptet, daß die römischen Juristen nicht bloß im Ausdruck nicht unterschieden, sondern auch die Begriffe selbst durcheinandergeworfen hätten, so hat er dafür nicht den Beweis erbracht. Richtig ist allerdings, daß sich ein Princip nicht erkennen läßt, nach welchem im römischen Recht der Besitz als vorhanden angenommen wird, obgleich er nicht wirklich vorhanden ist. So hätte z. B. Nichts das römische Recht gehindert, den Besitz für vererblich und für einen Gegenstand des postliminium zu erklären, was es nicht gethan hat (l. 23 pr. D. h. t., l. 19 D. ex quib. caus. mai. 4. 61). S. auch § 152 Note 3.

[12] Ueber die Ausdrucksweise der Quellen bemerke man Folgendes. 1. Das thatsächliche Haben ohne den Aneignungswillen wird naturalis possessio genannt; andere Ausdrücke dafür sind: esse in possessione, tenere, naturaliter tenere. L. 3 § 3 l. 12 pr. D. h. t., l. 3 § 15 l. 4 D. ad exh. 10. 4, l. 2 § 1 D. pro her. 41. 5, l. 10 § 1 l. 49 pr. D. h. t., l. 9 D. de R. V. 6. 1. Ueber detinere vgl. Bekker S. 324. Im Gegensatz hierzu heißt das thatsächliche Haben mit dem Aneignungswillen civilis possessio oder possessio

2) der Wille, die Sache für sich zu haben, der Aneignungswille. Diese Elemente müssen noch näher bestimmt werden.

Unter thatsächlicher Gewalt über die Sache ist zu verstehen die thatsächliche Gewalt über die Sache in der Gesammtheit ihrer

---

schlechthin; s. die citirten Stellen. Wird es aber als solches vom Rechte nicht anerkannt, so wird auch possessio oder civilis possessio geleugnet, und das Verhältniß wieder als naturalis possessio, naturaliter tenere, corporaliter tenere bezeichnet. L. 7 § 1 D. ad exh. 10. 4, l. 38 § 7. 8 D. de V. O. 45. 1, l. 24. 49 § 1 D. h. t., l. 2 § 2 D. pro her. 41. 5. Umgekehrt, wenn ein solches Verhältniß vom Rechte angenommen wird, ohne daß es wirklich vorhanden ist, so wird gesagt, es sei possessio vorhanden; der Ausdruck civilis possessio kommt hier (zufälliger Weise) nicht vor. L. 1 § 15 D. h. t., l. 16 D. de usurp. 41. 3. 2. Die Ausdrücke civilis nnd naturalis possessio werden aber auch zur Bezeichnung eines anderen Gegensatzes gebraucht, nämlich zur Bezeichnung des vom Rechte gebilligten und nicht gebilligten Besitzes; in diesem Sinne wird dem beschenkten Ehegatten civilis possessio abgesprochen und nur naturalis possessio zugesprochen. L. 1 § 9. 10 D. de vi 43. 16, l. 26 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 1 § 2 i. f. D. pro don. 41. 6. 3. Die Grundlage dieses zwiefachen Sinnes der Ausdrücke naturalis und civilis possessio ist die gleiche; sie bezeichnen in beiden Fällen den Gegensatz zwischen dem Besitz nach der natürlichen und dem Besitz nach der juristischen Auffassung, nur daß dieser Gegensatz in beiden Fällen in einer verschiedenen Wendung auftritt, das eine Mal auf die juristische Anerkennung, das andere Mal auf die juristische Billigung bezogen ist; hier kommt nur die erstere Auffassung in Betracht. 4. Die Ausdrücke naturalis und civilis bezeichnen den Gegensatz zwischen dem Natürlichen und dem Juristischen, zwischen dem, was nach der natürlichen, und dem, was nach der juristischen Auffassung das ist, was das Wort bedeutet, nicht bloß an dieser Stelle: vgl. z. B. naturales liberi, naturalis — civilis cognatio (I § 56a), naturalis — civilis obligatio (II § 287), naturalis — civilis solutio (l. 107 D. de solut. 46. 3), „bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est“ (l. 49 pr. D. de V. S. 50. 16), probrum natura — civiliter turpe (l. 42 D. eod.), civilis computatio (I § 103 Note 6), naturale pignus (l. 2 C. de postl. 8. 50 [51]), naturalis interruptio (l. 5 D. de usurp. 41. 3, vgl. das „usurpare ex iure civili“ bei Cic. de orat. III. 28), „naturaliter videtur ad mortuum pertinere locus, in quem infertur“ (l. 4 D. de rel. 11. 7), naturale dominium der Ehefrau an der Dos (II § 496 Note 3), „factum magis demonstramus quam ad ius civile referimus obligationem“ (l. 41 D. de pec. 15. 1). 5. Es ist aber festzuhalten, daß der Gegensatz zwischen dem Natürlichen und dem Juristischen nicht nothwendigerweise ein fester ist, daß je nach der Verschiedenheit des angelegten Maßstabes von einem und demselben Ding das Prädicat des Natürlichen bez. des Juristischen sehr wohl gelten kann und nicht gelten kann. So ist das Haben mit dem Aneignungswillen Besitz nach der juristischen

Beziehungen, wobei aber sogleich hier zu bemerken ist, daß die thatsächliche Gewalt über die Sache auch durch Vermittelung eines Andern gehabt werden kann[1]. Eben so ist unter dem Aneignungswillen der Wille zu verstehen, die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen sich anzueignen. Wer die Sache nur in dieser oder jener einzelnen Beziehung, oder auch in mehreren und selbst vielen einzelnen Beziehungen, thatsächlich in der Gewalt

---

Auffassung gegenüber dem Haben ohne diesen Willen, welches letztere Haben nur von der natürlichen Auffassung Besitz genannt wird; wird aber in einem gegebenen Fall das Haben mit dem Aneignungswillen als solches vom Recht nicht anerkannt, wie z. B. das Haben des Rechtsunfähigen, das Haben eines Theils im Ganzen, welcher für das Recht keine selbständige Existenz hat, so ist es auch wieder kein Haben für die juristische, sondern nur für die natürliche Auffassung. Der Pfandgläubiger ist bloß Besitzer nach der natürlichen Auffassung, insofern er nicht den Willen hat, für sich zu haben (l. 3 § 15 l. 5 pr. D. ad. exh. 10. 4), Besitzer nach der juristischen Auffassung, insofern er geschützt wird wie derjenige, welcher mit diesem Willen besitzt (l. 1 § 15 D. h. t., l. 16 D. de usurp. 41. 3); es ist nur Zufall, daß der Pfandgläubiger nicht auch civilis possessor genannt wird, wo dann die scheinbare Verwirrung noch größer sein würde. Hinzufügen läßt sich noch eine nach dieser Seite nicht beachtete Stelle, l. 3 § 13 D. h. t.; hier wird das Besitzen mit unmittelbarer körperlicher Berührung naturalis possessio genannt gegenüber dem sub custodia habere; die Meinung ist, daß es doch schon eine juristischere Auffassung sei, wenn auch das Letztere possessio genannt werde. — Die hier vorgetragene Ansicht über den Sinn von civilis und naturalis possessio ist nicht die herrschende. Als herrschende kann immer noch die von Savigny (Besitz § 7) entwickelte angesehen werden, obgleich in der neueren Zeit gewichtige Gegner gegen dieselbe aufgetreten sind. Nach Savigny bezeichnet civilis possessio den mit den Ersitzungserfordernissen ausgestatteten Besitz, naturalis possessio aber: 1) den mit diesen Erfordernissen nicht ausgestatteten, 2) den durch Interdicte nicht geschützten Besitz; civiliter non possidere soll ebenfalls einen doppelten Sinn haben, sowohl bezeichnen, daß kein Ersitzungsbesitz, als daß aus juristischen Gründen kein Besitz stattfinde. Von Anderen ist dieser Savigny'schen Meinung gegenüber eine ältere vertheidigt worden, wonach civilis possessio einfach den gegen Eigenmacht geschützten, naturalis possessio den gegen Eigenmacht nicht geschützten Besitz bezeichnet. Ueber die Unhaltbarkeit der einen und der anderen Auffassung s. namentlich Vangerow I § 199 Anm., vgl. auch Bruns § 7, Brinz 1. Aufl. § 29. Diese Schriftsteller (vgl. auch Arndts § 136 Anm. 2) vertheidigen nach dem Vorgange von Burchardi Arch. f. civ. Pr. XX S. 14 fg. eine mittlere Meinung, welche im Wesentlichen mit der hier entwickelten übereinstimmt. Vgl. außerdem noch Savigny § 10 und S. LI—LXVII [158—170], Bruns S. 106 fg. 253 fg. 369 fg. 388, Mierulff S. 313 fg., Pfeiffer was ist und gilt im römischen

hat oder sich aneignen will, ist juristischer Besitzer nicht[2]. Dagegen thut es dem juristischen Besitz keinen Eintrag, daß die thatsächliche Gewalt oder der Aneignungswille in einer einzelnen Beziehung, oder auch in mehreren und selbst vielen einzelnen Beziehungen, fehlt[3]; die Beziehungen, welche übrig bleiben, werden von der thatsächlichen Gewalt und dem Aneignungswillen immerhin nicht als diese einzelnen ergriffen, sondern als Stücke der Gesammtheit[4]. — Da unter den Rechten das Eigenthumsrecht das Recht ist, die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen für sich zu haben, so kann man die zum juristischen Besitze erforderliche thatsächliche Gewalt und den zu demselben erforderlichen Willen auch bezeichnen als diejenige thatsächliche Gewalt und denjenigen Willen, wie sie der Eigenthümer haben darf[5].

Recht der Besitz? (1840) S. 4 fg., Sintenis I § 42 Noten 23 und 24, Rudorff Anhang Nr. 20—28. 40, Meischeider S. 77 fg., Brinz 2. Aufl. I S. 500. 501, Bekker S. 151, Wächter II S. 53 fg., Dernburg I § 175.

[1] Wenn Jemand die Kräfte, durch welche er eine Sache thatsächlich beherrscht, mir in der Weise zur Verfügung stellt, daß für dieselben mein Wille entscheidend sein soll, so habe ich die thatsächliche Gewalt über die Sache in der nämlichen Weise, als wenn ich die Sache mit meinen eigenen Kräften beherrschte. L. 18 pr. D. h. t.: possidet, cuius nomine possidetur; procurator alienae possessioni praestat ministerium". Das Nähere in der Lehre vom Erwerbe des Besitzes. — Brinz 2. Aufl. I S. 492 fg. will gar nicht von thatsächlicher Gewalt, sondern von thatsächlicher Verbindung (der Sache mit der Person) geredet wissen. Ist damit etwas Anderes gewonnen, als ein Bild? § 149.

[2] Juristischer Besitzer ist also z. B. nicht der Nießbraucher, obgleich derselbe, was den Gebrauch und Genuß der Sache angeht, die thatsächliche Gewalt über die Sache nicht nur hat, sondern auch für sich haben will.

[3] So wenig wie der Nießbraucher selbst juristischer Besitzer ist, so wenig schließt er den Besitz des Eigenthümers aus, obgleich er in wesentlichen Beziehungen die thatsächliche Gewalt über die Sache nicht für diesen, sondern für sich haben will, und wenngleich der Eigenthümer diesen seinen Willen anerkennt.

[4] Aus demselben Grund wird das Eigenthum durch ein an der Sache stattfindendes partielles Recht nicht ausgeschlossen. S. das im Texte unmittelbar Folgende.

[5] Der Besitz ist das thatsächliche Abbild des Eigenthums; derselbe Willensinhalt, welcher rechtlich anerkannt das Eigenthum ausmacht, macht, indem er sich thatsächlich zur Geltung bringt, den Besitz aus. Deßwegen darf man

Daß es Fälle gibt, in welchen einer Person Besitz zugeschrieben wird, deren Wille von der hier bezeichneten Art nicht ist[6], thut nach dem im § 148 Bemerkten der Richtigkeit der aufgestellten Begriffsbestimmung keinen Eintrag; es sind dieß Ausnahmen, in welchen aus juristischen Gründen als vorhanden angenommen wird, was in der That nicht vorhanden ist[7].

---

aber den Besitz nicht, wie man gethan hat, die Ausübung des Eigenthums nennen; die Ausübung des Eigenthums ist er gewiß nicht, weil das Eigenthum noch in ganz anderer Weise ausgeübt werden kann, als durch Besitz, z. B. durch Zerstörung der Sache. Ob man den Besitz eine Ausübung des Eigenthums nennen darf, hängt davon ab, was man sich unter Ausübung eines Rechts denkt. Versteht man darunter die thatsächliche Geltendmachung des das Recht charakterisirenden Willensinhaltes, so ist der Besitz gewiß eine Ausübung des Eigenthums; versteht man darunter die Geltendmachung jenes Willensinhaltes als eines rechtlich anerkannten (§ 121), so ist er es ebenso gewiß nicht. Der Dieb z. B., der doch unzweifelhaft juristischen Besitz hat, will ebensowenig Eigenthümer (Eigenthumsberechtigter) sein, als er glaubt, Eigenthümer zu sein. Was die Auffassung der Quellen angeht, so nennen dieselben zwar den Besitz eine Ausübung des Eigenthums nicht: es ist jedoch zu bemerken, daß sie den Rechtsbesitz (§ 151) als Ausübung des Rechts allerdings bezeichnen (l. 25 D. quemadm. serv. 8. 6, l. 7 D. de itinere 43. 19). S. darüber § 163 Note 6 Ziff. 3, und vgl. auch § 152 Note 21 a. E. — Gewöhnlich wird der zum juristischen Besitz erforderliche Wille nicht, wie hier geschehen ist, als Wille, wie ihn der Eigenthümer haben darf, sondern als Wille, wie ihn der Eigenthümer hat, bezeichnet. Genau ist das nicht, da das Eigenthumsrecht, wie jedes andere Recht, von dem realen Wollen unabhängig ist. Es ist auch nicht ungefährlich, da dadurch der zuvor bezeichnete Irrthum nahe gelegt wird, als müsse der Besitzer, wenn sich auch kein Recht zuschreiben, doch wie der Eigenthümer ein Recht in Anspruch nehmen. Die Quellen sprechen sich über die Natur des zum juristischen Besitz erforderlichen Willens nicht näher aus, sie sagen einfach: der Wille (animus, affectus) müsse auf juristischen Besitz (possidere) gerichtet sein. Nach Vorgang des in griechischen Quellen (Theoph. II § 4. III. 29 § 2, Basil. 50. 2. 7, Harmen. 2. 1 § 4) vorkommenden Ausdrucks ψυχὴ δεσπόζοντος sagt man heutzutage: animus domini. Diejenigen, welche nicht zugeben, daß der Besitzeswille als Wille, Eigenthum auszuüben, gefaßt werden dürfe, übersetzen den griechischen Ausdruck mit animus dominantis oder animus dominandi. Diesem letzteren Ausdruck entspricht der hier gebrauchte Ausdruck Aneignungswillen. Vgl. Bruns S. 469. 474.

[6] Man pflegt diese Fälle unter dem Namen des abgeleiteten Besitzes zusammenzufassen. Ihre vollständige Aufzählung gehört in die Lehre vom Erwerbe des Besitzes; als Beispiele mögen einstweilen dienen der Besitz des Pfandgläubigers und desjenigen, welcher eine Sache precario empfangen hat.

§ 150.

Es ist ein alter und immer wieder von Neuem entbrennender Streit, ob der Besitz Factum oder Recht ist[1].

1. Nach dem Sinne, welchen die Sprache des Lebens mit den Worten verbindet, bezeichnet das römische Wort possessio wie das deutsche Wort Besitz eine Thatsache, und nichts als eine

---

[7] Indem man die anomale Natur dieser Fälle verkannte, hat man sich Mühe gegeben, entweder den zum juristischen Besitz erforderlichen Willen in einer Weise zu bestimmen, daß derselbe sich auch in diesen Fällen als vorhanden ergebe (Guyet Abhandlungen Nr. 6 und Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IV S. 361 fg., Warnkönig Arch. f. civ. Pr. XIII S. 169, Kierulff S. 353 fg., Pfeiffer in der in § 148 Note 12 a. E. angeführten Schrift S. 63 fg., G. E. Schmidt das Commodatum und Precarium S. 21 fg. und Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 112 fg., Böcking I S. 449—450, Lenz S. 101—116, Dernburg Pfandrecht II S. 62 fg.), oder nachzuweisen, daß in diesen Fällen der animus domini gar nicht fehle (v. Schröter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II S. 233 fg., vgl. Bartels das. VI S. 177 fg., neuerdings H. Duncker die Besitzklage und der Besitz [1884] S. 163 fg.). Diese Versuche sind aber sämmtlich mißlungen (vgl. Savigny S. 145—150 [134—137] und Rudorff Anhang Nr. 39. 86, Meischeider S. 8 fg.). Das Richtige ist einfach, daß hier kraft positiver Rechtsbestimmung (aus verschiedenen Gründen, vgl. § 154) ein Besitzesvortheil gewährt wird auch ohne ein dazu der Regel nach nothwendiges Erforderniß; wird dieß nun so ausgedrückt, es sei auch in diesen Fällen Besitz vorhanden, so heißt das, jenes Erforderniß werde als vorhanden angenommen, obgleich es nicht vorhanden ist. In anderer Weise hat Savigny § 9 die Sache zu vermitteln gesucht; indem er hier unter possessio Besitzesrecht versteht, nimmt er eine Uebertragung des dem Verpfänder 2c. eigentlich zustehenden Besitzesrechts auf den körperlichen Inhaber an; woher auch der Ausdruck abgeleiteter Besitz. Dieser Auffassung, welche auch jetzt noch als die herrschende bezeichnet werden kann (dafür namentlich Puchta § 125, Bruns § 2, Vangerow § 200 Anm. 1, Arndts § 135, Brinz S. 64—66. 2. Aufl. I S. 517—518 [dieser letztere aber mit der Modification, daß er eine eigentliche Succession in den Besitz annimmt, was Savigny leugnet], Rudorff a. a. O. Nr. 89 — dawider außer den oben Genannten Roßhirt Arch. f. civ. Pr. VIII S. 9—11, Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII S. 223 fg. 414 fg. und System § 42 Note 13, vgl. Savigny S. 144. 150 [133. 138]), fehlt es an allem Anhalt in den Quellen. Wie hier Randa § 1 Note 24, Bruns in v. Holtzendorff's Encyclop. I § 30 a. E., auch Wächter II S. 43 fg. Meischeider a. a. O. lehnt sowohl diese Auffassung als die Idee des abgeleiteten Besitzes ab, und verzichtet seinerseits auf die Ermittelung eines den römischen Bestimmungen über animus possidendi zu Grunde liegenden einheitlichen Gedankens. S. auch S. 59 fg. 64 fg. Ebenso Dernburg Besitz (§ 148 Note 5) S. 60 fg. Pand. I § 172. Ueber Bekker's Auffassung S. 159 fg. möchte ich in Kürze nicht

Thatsache. Allerdings sind an diese Thatsache rechtliche Folgen angeknüpft[2]; aber dadurch wird sie nicht zum Rechte. Man müßte sonst auch den Vertrag und das Testament ein Recht nennen. Es ist unbestritten, daß auch unsere Quellen das Wort possessio in diesem Sinne gebrauchen.

2. Es ist aber wahr, daß das römische Recht unter Um-

---

referiren. S. übrigens § 15 4Note 4—6. — Die neuerdings von Mandry Arch. f. civ. Pr. LVIII S. 1 fg. gegebene besondere Bestimmung des Begriffs des animus possidendi geht nicht von den Fällen des s. g. abgeleiteten Besitzes, sondern von den Fällen des Finders und des negotiorum gestor aus, denen Mandry gern Besitz verschaffen möchte. Mandry meint: der Besitzeswille unterscheide sich von dem Detentionswillen nur dadurch, daß die Absicht nicht darauf gerichtet sei, den juristischen Besitz eines Andern fortzusetzen oder einem Andern solchen Besitz zu erwerben, vielmehr sich selbst zum juristischen Besitzer zu machen. Aber heißt das etwas Anderes als: Besitzeswille ist Besitzeswille? Uebrigens findet sich die gleiche Auffassung schon bei Warnkönig (s. ob.).

§ 150. [1] S. die Uebersichten bei v. Canstein Zeitschr. V S. 724 fg. und Randa § 3 Note 7. Ich hebe Folgendes hervor. Savigny § 5 lehrt, der Besitz sei ursprünglich Factum, aber wegen der an ihn angeknüpften rechtlichen Folgen und weil es Fälle gebe, in denen die Rechte des Besitzers von jenem Factum unabhängig seien, zugleich Recht. Wenn Gans (System des römischen Civilrechts im Grundrisse [1827] S. 202 fg., über die Grundlage des Besitzrechtes, eine Duplik ꝛc. [1839]), den Besitz für ein Recht erklärte, und zwar näher für „anfangendes Eigenthum", so lag dem die Hegel'sche Idee von der Relativität alles Rechts zu Grunde; der Sache gegenüber, war die Meinung, sei die Beherrschung als solche Recht; aber sie weiche der von dem allgemeinen Willen anerkannten Beherrschung, dem Eigenthum, wie dieses dem Vertrag ꝛc. In der neueren Zeit nimmt Ihering Geist d. röm. R. III S. 39 fg. mit Lebhaftigkeit für den Besitz den Character als Recht in Anspruch, weil er rechtlich geschütztes Interesse sei (vgl. § 37 Note 3). Ebenso streitet für die Rechtsnatur des Besitzes Bekker a. a. O. (vgl. auch krit. VJSchr. XVIII S. 12 fg.), indem er unter possessio die Rechtsfolgen des Besitzes versteht. Für ein Recht erklären den Besitz auch v. Canstein a. a. O. und Kindel S. 36 fg. Wenn man sich durch Duncker's (§ 148 Note *) Schrift durchgelesen hat, so erfährt man, daß zwar der Besitz kein Recht sei, — aber das Eigenthum auch nicht! Vgl. dazu § 37 Note 3 g. E.

[2] Diese rechtlichen Folgen werden in den Quellen auch wohl als ius possessionis bezeichnet. L. 44 pr. D. h. t., l. 2 § 38 D. ne quid in loco publ. 43. 8, l. 5 § 1 D. ad Iul. de vi publ. 48. 6. In der zweiten Stelle wird der Ausdruck auf den natürlichen Besitz angewendet (*vel* conductionis). In l. 10 C. h. t. ist ius possessionis = ius possidendi, auch wohl in l. 5 C. de lib. causa 7. 16.

ständen die rechtlichen Folgen des Besitzes eintreten läßt, ohne daß die Thatsache des Besitzes vorhanden ist, und nicht eintreten läßt, obgleich sie vorhanden ist. Und es ist ferner wahr, daß die Quellen in diesen Fällen sagen, es sei possessio vorhanden oder nicht vorhanden[3].

3. Hierdurch entsteht Raum für die Frage, ob nicht für den juristischen Sprachgebrauch ein doppelter Sinn von possessio anzunehmen ist: possessio als Thatsache und possessio als Rechtsposition. Nur wenn man diese Frage bejaht, kann man möglicherweise dazu gelangen, daß possessio auch[4] ein Recht bezeichne. Aber auch dann nur möglicherweise: denn daß der Besitz in Verbindung mit anderen Thatsachen Factor des Eigenthumserwerbes ist, wird man nicht ein Recht des Besitzers nennen können, und das Verbot der Eigenmacht kommt hier nur dann in Betracht, wenn man annimmt, daß nicht erst aus der Eigenmacht ein Recht des Besitzers entstehe, sondern der Besitzer ein Recht auf Unterlassung der Eigenmacht habe[5]. Gegen diese Annahme spricht aber der feststehende Satz, daß im Besitzprocesse Vertheidigungen aus dem Recht an der Sache unzulässig sind[6].

4. Ich für meinen Theil bejahe auch die zu 3 aufgeworfene Frage nicht. Ich sehe darin, daß die Quellen um der rechtlichen Folgen willen possessio als vorhanden oder nicht vorhanden bezeichnen, keine Nöthigung zu der Annahme, daß sie die rechtlichen Folgen selbst possessio nennen. Die Einheitlichkeit des Sprachgebrauchs bleibt gewahrt, wenn angenommen wird, daß sie sagen wollen, die Thatsache des Besitzens sei für das Recht vorhanden oder nicht vorhanden[7]. —

---

[3] Vgl. § 148 a. E.

[4] Auch; nicht immer, aber doch in den genannten Fällen.

[5] Dieß behauptet namentlich Bruns Besitzklagen S. 61 fg. 268 fg. S. auch Randa S. 275.

[6] Petitorische Vertheidigung ist selbst der actio Publiciana gegenüber zulässig; der Besitzanspruch aber wäre nach der bezeichneten Auffassung nichts als eine abgeschwächte Publiciana (Abschwächung der Voraussetzungen und der Kraft). Vgl. Bruns Besitzkl. S. 260. Seuff. Arch. XXXVII. 290. — Das im Text bezeichnete Argument habe ich schon früher geltend gemacht (5. Aufl. § 148 Note 6 a. E.), und was Bruns darauf geantwortet hat (v. Holtzendorff's Encycl. I § 31, in der 4. Aufl. S. 437), entbehrt der überzeugenden Kraft.

[7] Vgl. § 148 Note 11.

Die Stelle des Besitzes im System des Rechts bestimmt sich dadurch, daß er Rechtsverhältniß zur Sache ist. Er ist das unmittelbarste und einfachste Rechtsverhältniß zur Sache; deßwegen wird er an die Spitze des Sachenrechts gestellt[8].

B. Rechtsbesitz.

§ 151.

Wenn vorher der Satz aufgestellt worden ist, daß zum juristischen Besitz die thatsächliche Gewalt über die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen und der Wille, sich die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen anzueignen, erforderlich sei, so hat damit nicht gesagt sein sollen, daß die thatsächliche Gewalt über die Sache in einer einzelnen Beziehung, verbunden mit dem Willen, sich die Sache in dieser Beziehung anzueignen (sich diese Beziehung der Sache anzueignen), ohne rechtliche Bedeutung sei. Vielmehr kann ein solches Verhältniß sehr wohl die gleiche rechtliche Bedeutung haben, wie der Besitz der Sache, und hat sie sogar regelmäßig, so daß es also gegen eigenmächtige Störung geschützt wird und unter gewissen Voraussetzungen die Grundlage für den Erwerb des Rechts bildet. Ja selbst der Ausdruck Besitz ist auf dieses Verhältniß erstreckt worden; nur spricht man in diesem Falle nicht von einem Besitz der Sache und nicht von einem eigentlichen Besitz, sondern von einem uneigentlichen und einem Rechtsbesitz[1].

---

[8] Glaubt man das System streng nach den Rechten durchführen zu müssen, ohne daß den Rechtsverhältnissen Einfluß auf dasselbe gestattet werden dürfte, so bleibt nichts übrig, als, da die Rechte, zu welchen der Besitz führt, verschiedenen Lehren angehören, von demselben im allgemeinen Theil zu handeln, wie das auch Manche (vgl. namentlich Böcking I S. 448) thun. Puchta, indem er bloß auf den Schutz des Besitzes gegen Eigenmacht Rücksicht nimmt, stellt ihn unter seine „Rechte an der eigenen Person" (vgl. § 40 Note 1). Aber es ist in der That nicht abzusehen, wie, um mit Puchta zu reden, das Recht, den eigenen Willen als freien, d. h. eben als durch Eigenmacht nicht zu verletzenden, wollen zu dürfen, ein Recht an der eigenen Person genannt werden kann: in diesem Recht wird keine Macht über die eigene Person, sondern eine Macht über fremde Personen gewährt. Vgl. noch Randa § 3 Anm. 17.

§ 151. [1] Die Quellen sagen: quasi possessio, iuris possessio, iuris quasi possessio. Pr. I. de interd. 4. 15 (Gai. IV. 139), J. 10 pr. D. si serv. 8. 5,

Was vorher über die rechtliche Natur des Sachbesitzes bemerkt worden ist, gilt auch für den Rechtsbesitz. In der That sind der Rechts- und der Sachbesitz nur Erscheinungen eines und desselben höheren Begriffes: thatsächliche Herrschaft des Willens über die Sache[2]. Für den Lehrvortrag empfiehlt es sich aber aus Zweckmäßigkeitsgründen, diesen höheren Begriff der Darstellung nicht zu Grunde zu legen, sondern von beiden Arten des Besitzes getrennt zu handeln[3]. Demgemäß beziehen sich die folgenden §§ 152—162 nur auf den Sachbesitz, von dem Rechtsbesitz handeln die §§ 163 und 164. Der Sachbesitz als eigentlicher Besitz wird Besitz schlechthin genannt werden[4].

II. Möglichkeit des Besitzes*.

§ 152.

Der Besitz ist nicht für alle Personen möglich; er ist nicht an allen Gegenständen möglich; es ist nicht ein mehrfacher Besitz an einer und derselben Sache möglich.

---

l. 2 § 3 D. de prec. 43. 26, l. 2 D. comm. praed. 8. 4, l. 7 D. de itin. 43. 19, l. 23 § 2 D. ex quib. caus. mai. 4. 6. In anderen Stellen wird die Möglichkeit einer possessio an unkörperlichen Sachen ganz geleugnet, l. 3 pr. D. h. t., l. 4 § 26 [27] D. de usurp. 41. 3, l. 1 § 8 D. quod leg. 43. 3, l. 32 § 1 D. de S. P. U. 8. 2.

[2] Vgl. namentlich Bruns S. 475—479. A. M. Brinz 2. Aufl. I S. 787; gegen denselben Wendt Faustrecht S. 129. S. über den Begriff des Rechtsbesitzes ferner Savigny § 12, Randa § 2. — Die Beschränkung, in welcher der Rechtsbesitz die Sache erfaßt, wird durch die Bezugnahme auf das entsprechende Recht bezeichnet, weil eine andere gleich kurze Bezeichnung sich nicht darbietet. Dieselbe Auffassung auf den Sachbesitz erstreckt würde denselben als Eigenthumsbesitz erscheinen lassen; aber bei dem Sachbesitz ist die Bezugnahme auf das Recht deßwegen nicht nöthig, weil der Ausdruck „eine Sache" besitzen von selbst auf die unbeschränkte Herrschaft über die Sache geht.

[3] Die Darstellung würde durch die Zusammenfassung beider Arten des Besitzes schwerfällig werden und an Verständlichkeit einbüßen. Es kommt hinzu, daß der Rechtsbesitz entschieden eine spätere Bildung des römischen Rechts ist, gleichsam nur als Anhang zu dem Sachbesitz hinzugefügt worden ist.

[4] Man kann noch weiter gehen und fragen, ob nicht auch der thatsächlichen Realisirung eines Willens, welcher irgend einen andern Inhalt hat, als die Beherrschung einer Sache, eine entsprechende rechtliche Bedeutung zukomme? Auch diese Frage ist, zwar nicht vom römischen, aber doch vom

1. Der Besitz ist nicht möglich für solche Personen, welche der Vermögensfähigkeit entbehren; wenn sie auch wirkliche Besitzer sein können, so werden sie doch vom Rechte als Besitzer nicht anerkannt[1]. Dagegen ist der Besitz nicht unmöglich für solche Personen, welche der physischen Willensfähigkeit entbehren, wie Kinder, Wahnsinnige, juristische Personen; wenn sie auch nicht wirkliche Besitzer sein können, werden sie doch vom Rechte als Besitzer anerkannt[2].

2. Der Besitz ist nicht möglich aus natürlichen Gründen an unkörperlichen Gegenständen[3], aus juristischen an Sachen, welche

---

heutigen Rechte, jedenfalls theilweise bejaht worden, und es ist sogar der Ausdruck Besitz auch auf diese Fälle erstreckt worden. Da aber in ihnen der Besitz nicht mehr ein Verhältniß zur Sache ist, so kann von ihnen an dieser Stelle nicht gehandelt werden. S. II § 464.

* Vgl. Ihering in der bei § 148 Note * cit. Schrift S. 143 fg. der zweiten Auflage (Jahrb. f. Dogm. IX S. 122 fg.). Bekker S. 152 fg.

§ 152. [1] L. 49 § 1 D. h. t. „Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt; quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est". L. 24. 30 § 3 eod., l. 93 D. de R. I 50. 17. Ihering a. a. O. benutzt auch diesen Satz, wie den im Folgenden zu Note 4 genannten, zur Bewahrheitung seiner Theorie über den Grund des Besitzesschutzes. Aber der Schluß: weil nicht geschützt wird der Besitzeswille, welcher kein rechtlich anerkannter sein kann, so wird derjenige Besitzeswille, welcher geschützt wird, deßwegen geschützt, weil er ein rechtlich anerkannter sein kann, ist kein nothwendiger Schluß. — Von den Gewaltverhältnissen des römischen Rechts haben wir heutzutage nur noch die väterliche Gewalt, und diese ist nicht mehr Grund der Vermögensunfähigkeit, sondern bloß, und zwar in beschränktem Maße, der Erwerbunfähigkeit, in Betreff des Erwerbes nämlich, welcher aus dem Vermögen des Vaters gemacht wird, § 1 I. per quas pers. 2. 9. Dagegen kommt im heutigen Recht auch für den Besitz die Vermögensunfähigkeit der Klosterpersonen (§ 55 Note 9) in Betracht.

[2] Erworben werden freilich kann ihnen der Besitz nur durch einen Stellvertreter. L. 1 § 22 l. 2 D. h. t., l. 1 § 3 l. 18 § 1 eod., l. 26 C. de don. 8. 53 [54], l. 1 § 20 D. h. t. Was Kinder speciell angeht, s. noch § 155 Note 13, was juristische Personen, Brinz S. 1080 fg. und in diesem Lehrbuche III § 531 Note 10. Personen, welche der nöthigen körperlichen Kräfte entbehren, können auch wirkliche Besitzer sein, indem ihnen nämlich Andere ihre Kräfte zur Verfügung stellen.

[3] L. 3 pr. D. h. t., l. 4 § 26 [27] D. de usurp. 41. 3. In der s. g. iuris quasi possessio ist der Gegenstand des Habens und Habenwollens doch die körperliche Sache (§ 151). — Ein unkörperlicher Gegenstand ist auch die Sachgesammtheit; daher ist auch an ihr kein Besitz möglich, l. 30 § 2 D. de usurp.

dem Kreise der Privatberechtigung ganz entzogen sind[4], und an solchen Sachen, welche Bestandtheile einer anderen Sache sind; diese letzteren haben für die juristische Betrachtung, so lange die Verbindung dauert, keine selbständige Existenz[5]. Jedoch ist diese juristische Betrachtung gerade in der Lehre vom Besitze nicht streng durchgeführt worden: die Ersitzung einer Sache soll dadurch nicht unterbrochen werden, daß der Besitzer sie zum Bestandtheile einer anderen von ihm besessenen Sache macht[6]. Theile eines Grund-

41. 3. Man kann fragen: warum hat das römische Recht nicht auch hier juristischen Besitz anerkannt? Es wird sich nur sagen lassen, daß das römische Recht in der Lehre vom Besitze die natürliche Basis ganz nie verlassen hat, und ein Princip in der Grenzbestimmung sich nicht erkennen läßt. Vgl. § 148 Note 11 a. E. Zulässigkeit der interdicta retinendae possessionis nimmt Meischeider S. 223 fg. mit Rücksicht auf die Zulässigkeit der Vindication (§ 137 Note 6 an

[4] L. 30 § 1 D. h. t. Vgl. Rudorff Anhang Nr. 36. Randa § 10.

[5] L. 7 § 1 D. ad exh. 10. 4: — „si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum . . . quamvis tunc civiliter non possideas". L. 23 pr. D. de usurp. 41. 3. „Eum, qui aedes mercatus est, non puto aliud quam ipsas aedes possidere; nam si singulas res possidere intellegetur, ipsas aedes non possidebit: separatis enim corporibus, ex quibus constant, universitas aedium intellegi non poterit". L. 23 § 7 D. de R. V. 6. 1, l. 30 pr. D. h. t. Vgl. § 138 Note 5. Bechmann Eigenthumserwerb durch Accession S. 61 Note 4. Seuff. Arch. XXI. 99.

[6] L. 30 § 1 D. de usurp. 41. 3. „Labeo libris epistolarum ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas coniecisset, nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset. Quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in annulo gemma? In quo verum est, et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum". Die aufgestellte Ansicht ist im Wesentlichen die von Savigny S. 303 fg. LXVII fg. [264—275] entwickelte, von Windscheid in Sell's Jahrb. I S. 449 fg. (1841), Madai Arch. f. civ. Pr. XXV S. 313 fg. (1842), Binding das. XXVII S. 360 fg. (1844), Vangerow § 204 Anm. 2 vertheidigte. Ihr steht eine bunte Mannichfaltigkeit abweichender Ansichten gegenüber. 1. Der aufgestellte Satz ist nur wahr für den Fall, wo eine Sache zum Bestandtheil einer beweglichen Sache gemacht wird; wird eine Sache mit einer unbeweglichen verbunden, so wird der Besitz verloren, und nur aus Billigkeitsrücksichten wird Fortdauer der Ersitzung angenommen, wenn zur Vollendung derselben nicht mehr fehlt als 10 Tage. Thibaut Arch. f. civ. Pr. VII S. 79 fg. (1824). 2. Der aufgestellte Satz ist auch für den Fall der Verbindung mit beweglichen Sachen nicht wahr: auch in diesem Fall wird der Besitz der verbundenen Sache verloren, und es gilt nur für die Ersitzung die

stücks können als solche besessen werden, da sie in der That selbständige Sachen sind[7]; dagegen ist bei beweglichen Sachen an unabgesonderten Theilen (Theil im Gegensatz von Bestandtheil) Besitz nicht anerkannt[8]. Endlich können auch s. g. intellectuelle Theile, Antheile (§ 142), den Gegenstand des Besitzes bilden; es wird aber dabei erfordert, daß der Besitzeswille auf einen bestimmten Antheil gerichtet sei[9].

3. An einer und derselben Sache ist nur Ein Besitz möglich; dieß folgt unmittelbar aus dem Begriff des Besitzes als der thatsächlichen Gewalt über die Sache in der Gesammtheit ihrer

---

Ausnahme der 10 Tage. Pape Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV. S. 211 fg. (1847). 3. Durch die Verbindung wird zwar der Besitz verloren und die Ersitzung unterbrochen, aber nach der Aufhebung der Verbindung läuft die frühere Ersitzung fort, und zwar im Fall der Verbindung mit einer beweglichen Sache mit Einrechnung der Zeit, während welcher die Verbindung bestand, im Fall der Verbindung mit einer unbeweglichen ohne diese Einrechnung. Hölder Arch. f. civ. Pr. LXI S. 285 fg. 4. Die Verbindung hebt nur dann Besitz und Ersitzung nicht auf, wenn sie von der Art ist, daß die verbundene Sache ihre Selbständigkeit nicht verliert. So, mit Abweichungen im Einzelnen, Kierulff S. 375—377, Stephan Arch. f. civ. Pr. XXXI S. 373 fg. (1848), Böcking I § 124 Note 15. 16, Brinz S. 181, Schirmer zu Unterholzner I S. 159 Note **, Lenz S. 139 fg., Rudorff Anhang Nr. 81, Randa § 18, Schuhmacher über tignum und tignum iunctum (Bonner Inaug.-Diss. 1882). 5. Bei beweglichen Sachen wird immer der Bestandtheil im Ganzen besessen, nicht bloß wenn derselbe früher Gegenstand eines besonderen Besitzes gewesen, sondern auch wenn sogleich das Ganze als solches in Besitz genommen worden sei; bei unbeweglichen Sachen dagegen wird nie der Bestandtheil im Ganzen besessen, auch wenn er vor der Verbindung Gegenstand eines besonderen Besitzes gewesen ist. Unterholzner Verjährungslehre I § 49. 50, Sintenis Arch. f. civ. Pr. XX S. 75 fg. (1837) und System I S. 449—452, Lang Württ. Sachenr. I S. 19 fg. 6) Es wird auch bei unbeweglichen Sachen immer der Bestandtheil im Ganzen ersessen; l. 30 § 1 cit. repräsentirt die Regel, l. 23 pr. eod. enthält eine Ausnahme. Meischeider S. 108 fg. Vgl. auch Bechmann Eigenthumserwerb durch Accession S. 61 Note 4. Seuff. Arch. XVII. 207.

[7] L. 26. 43 pr. D. h. t. Vgl. § 142 Note 1.

[8] L. 8 D. de R. V. 6. 1. Vgl. § 142 Note 4. S. übrigens auch Randa § 17 Note 4.

[9] L. 26 D. h. t., l. 3 § 2 eod., l. 32 § 2 D. de usurp. 41. 3. Das Erforderniß des bestimmten Theils zu beschränken auf den Besitz als Grundlage des Rechtserwerbs (Tradition, Usucapion), so daß der Schutz gegen Dritte auch bei Unbestimmtheit des Theils nicht ausgeschlossen wäre? Rudorff

Beziehungen[10]. Es kann aber der eine Besitz, welchen die Sache verträgt, mehreren Personen zustehen[11], dieselben haben dann, entsprechend ihrem Besitzeswillen, die Besitzesvortheile zusammen[12].

Anhang Nr. 78, Büff Arch. f. prakt RW. N. F. III S. 116—117, Steinlechner das Wesen der juris communio II S. 17. Seuff. Arch. XXVIII. 11. Steinlechner a. a. O. S. 23 ist der Ansicht, daß der Besitz eines intellectuellen Theils nur im Falle des Mitbesitzes (Note 12) möglich sei. S. noch Bekker S. 111.

[10] L. 3 § 5 D. h. t.: — „plures eandem rem in solidum possidere non possunt; contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris . . . . Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris". L. 5 § 15 D. commod. 13. 6.

[11] Die Neueren bezeichnen dieses Verhältniß als compossessio.

[12] Der Inhalt ihres Besitzeswillens ist der, daß sie die Sache für sich zusammen haben wollen. Daß dabei jeder einen bestimmten Antheil für sich haben wolle, ist nicht nothwendig. Dieß Letztere könnte nur deßwegen bezweifelt werden, weil da, wo Einer nicht mit einem Andern zusammen den Besitz der Sache, sondern für sich den Besitz eines Antheils haben will, die Richtung des Willens auf einen bestimmten Antheil allerdings erforderlich ist (Note 9). Aber das erklärt sich daraus, daß es ohne diese Richtung in der That dem Besitzeswillen an der gehörigen Bestimmtheit fehlen würde, während der vereinte Wille, der die ganze Sache umfaßt, an einem solchen Mangel nicht leidet. Dieß ist der Sinn von l. 32 § 2 D. de usurp. 41. 3. „Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo scribit". Indem die zuvor bezeichnete Consequenz eine mera subtilitas genannt wird, wird sie zurückgewiesen (vgl. l. 51 i. f. D. ad leg. Aquil. 9. 2, l. 3 § 1 D. de adim. 34. 4). Jedoch ist über die richtige Auslegung dieser Stelle viel Streit. Vgl. Böcking I § 24 Note 11 *, Rudorff zu Puchta's Vorles. I S. 484 Note 1 und Anhang Nr. 79, Meischeider S. 214 fg., Randa § 17 Note 17, Steinlechner a. a. O. S. 18 fg., Miescher Arch. f. civ. Pr. LIX S. 200 fg., Bekker S. 112. — Ueber das Verhältniß der Mitbesitzer zu einander s. noch Büff Arch. f. prakt. RW. III S. 113 fg., Hesse Arch f. prakt. RW. N. F. IV S. 116 fg., Miescher Arch. f. civ. Pr. LIX S. 149 fg., Rümelin die Theilung der Rechte S. 104 fg., Wendt Faustrecht S. 119 fg. (Der Letztere citirt noch eine Jenenser Inaug.-Dissertation: Dultz, Sind die Besitzinterdicte unter Mitbesitzern zulässig? 1882.) Büff bestreitet, daß den Mitbesitzern gegen einander Besitzesschutz überhaupt (auch bei certa pars) gewährt werde; er hat keine Nachfolger gefunden. S. l. 3 § 1 D. de O. N. N. 39. 1, l. 1 § 7 l. 3 § 9 l. 4 D. uti poss. 43. 16, l. 12 D. comm. div. 10. 3. Bei der Beantwortung der Frage, welche Handlungen eines Mitbesitzers eine Verletzung des

Nur ein scheinbarer Widerspruch gegen den aufgestellten Satz ist es, wenn die verschiedenen Besitzesvortheile zwei verschiedenen Personen zugeschrieben, und in Folge davon beide als Besitzer anerkannt werden[13].

III. Erwerb des Besitzes.

§ 153.

Der Besitz wird dadurch erworben, daß die beiden Momente seines Begriffes, thatsächliche Gewalt und Aneignungswille, in einem gegebenen Fall zur concreten Wirklichkeit gelangt sind[1]. Genauer: er wird dadurch erworben, daß der Aneignungswille in dem Haben der thatsächlichen Gewalt verwirklicht ist[1a].

Besitzes des andern Mitbesitzers enthalten, ist davon auszugehen, daß bei Mangel besonderer Vereinbarung in dem Willen Mitbesitzer zu sein „die Ermächtigung an die Genossen (liegt), sämmtliche Handlungen vorzunehmen, welche nothwendig sind, um sich den verhältnißmäßigen Nutzen der Sache zu verschaffen, vorausgesetzt, daß dadurch der eigene Nutzantheil nicht geschädigt wird" (Miescher). Eine Aenderung dieses Willens kann die Einwirkung des Genossen nicht zu einer Besitzverletzung machen; nicht einmal eine thatsächliche Verhinderung wäre dazu im Stande, vielmehr würde umgekehrt in ihr eine Verletzung der Besitzes des Genossen liegen. Entsteht aber Streit darüber, welche Handlungen von dieser Art sind, so muß zur petitorischen Erledigung (actio communi dividendo) gegriffen werden. Aus der Praxis: Seuff. Arch. XIII. 24, XIV. 37, XVII. 47, XXIX. 217, XXX. 232, XXXII. 16.

[13] So bei der Verpfändung (l. 1 § 15 l. 36 D. h. t., l. 16 D. de usurp. 41. 3), beim Precarium (l. 3 § 5 D. h. t., l. 15 § 4 D. de prec. 43. 30). Vgl. § 148 Note 11 a. E. — Eine später verworfene Meinung des Trebatius nahm an, daß auch der mit Unrecht des Besitzes Beraubte noch als juristischer Besitzer neben dem wirklichen Besitzer anerkannt werden müsse, l. 3 § 5 D. h. t., l. 3 pr. D. uti poss. 43. 17. Vgl. Savigny S. 183 (173) fg. (über l. 17 pr. D. h. t. das. S. 192 Note 3 [180 Note 1], aber auch Rudorff Anhang Nr. 43), Kierulff S. 369 Note **, Keller S. 222—223, H. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII S. 250 fg., Fitting Arch. f. civ. Pr. LV S. 315 fg., Meischeider S. 86 fg., Bekker S. 109 fg., Wendt Faustrecht S. 163 fg.

§ 153. [1] L. 3 § 1 D. h. t: — „apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore". L. 8 eod., l. 153 D. de R. I. 50. 17; Paul. sentent. V. 2 § 1.

[1a] Die thatsächliche Gewalt muß der Ausdruck des Aneignungswillens sein. Es reicht nicht hin das Nebeneinandersein von thatsächlicher Gewalt

Die Erlangung der thatsächlichen Gewalt[2] über die Sache setzt nicht körperliche Berührung der Sache voraus[3]. Wer sich in Gegenwart der Sache befindet, hat, wenn ihn sonst nichts an der Möglichkeit hindert, nach Belieben auf sie einzuwirken[4], die thatsächliche Gewalt über die Sache nicht minder, als wer sie in Händen hält oder mit Füßen betritt[5]. Auch die Gegenwart

---

und Aneignungswille; es ist eine Beziehung zwischen beiden nöthig. Der Aneignungswille muß auf die Sache als eine in der thatsächlichen Gewalt befindliche gerichtet sein. Vgl. namentlich Piniński (Note 2) S. 88 fg. 152 fg.

[2] Savigny § 14—18. Lenz S. 168. 211. 262 fg. Randa § 11. Jhering S. 136 fg. 168 fg. (160 fg. 194 fg.). Meischeider S. 227—259. Bekker S. 182 fg. Kindel S. 201 fg. Baron Jahrb. f. Dogm. VII S. 38 fg. (1865). Exner Rechtserwerb durch Tradition S. 86 fg. (1867). Leo Graf Piniński der Thatbestand des Besitzerwerbes nach gem. Recht. I. Band (1885). Diese gut geschriebene Schrift, welche hier nur noch bei der Correctur benutzt werden konnte, macht dem Scharfsinn und dem Talente des Verfassers Ehre, aber ich fürchte, sie wird nicht überzeugen. Vgl. Note 8 a. E.

[3] Das war früher die herrschende Ansicht, eine Ansicht, welche ihren hauptsächlichen Grund darin hatte, daß man die Erlangung der thatsächlichen Gewalt als Ergreifung, Apprehension, bezeichnete. In den Fällen, in welchen nach Ausweis der Quellen körperliche Berührung nicht nöthig ist, sprach man dann von einer fingirten, symbolischen Apprehension (Tradition). Gegen die bezeichnete Ansicht erklärt sich ausdrücklich l. 1 § 21 D. h. t.: — „non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu". Savigny § 14, Exner Rechtserwerb durch Tradition S. 153 fg., Goldschmidt Handelsr. I S. 641 fg. (1. Aufl.).

[4] Gewöhnlich setzt man hinzu: und jede fremde Einwirkung auf die Sache zu verhindern (Savigny S. 2 [26]). Mir scheint das nicht richtig: es ist nicht erforderlich, daß man mächtiger sei, als alle Anderen, denen es in den Sinn kommen möchte, auf die Sache einzuwirken, sondern nur, daß gegenwärtig keine fremde Macht die unsrige ausschließt. S. auch Exner Rechtserwerb durch Tradition S. 88 Note 7, und vgl. noch Fitting Zeitschr. f. Handelsr. XVIII S. 340.

[5] L. 79 D. de solut. 46. 3. „Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem si in conspectu meo te ponere iubeam, efficitur, ut et tu statim libereris, et mea esse incipiat. Nam tum, quod a nullo corporaliter eius rei possessio detinetur, adquisita mihi et quodammodo longa manu tradita existimanda est". L. 1 § 21 D. h. t., l. 31 § 1 D. de don. 39. 5. Seuff. Arch. XXII. 15. Unbewegliche Sachen: l. 18 § 2 D. h. t., l. 3 § 1 eod., l. 77 D. de R. V. 6. 1. Daß bei unbeweglichen Sachen zum Besitzerwerb bloße Gegenwart bei der Sache nur im Fall der Tradition genüge (Piniński S. 184 und die daselbst Citirten), ist eine Behauptung, welche sich in willkürlicher Weise mit l. 3 § 1 cit. in Widerspruch setzt. Umgekehrt

bei der Sache ist nicht erforderlich, wenn ein anderes Verhältniß derselben die Möglichkeit beliebiger Einwirkung sichert. So erstreckt sich namentlich die thatsächliche Gewalt über ein Gebäude oder einen sonstigen abgeschlossenen Raum auf die in dem Gebäude oder dem Raum befindlichen beweglichen Sachen[6]. Eine feste, alle denkbaren Fälle unmittelbar entscheidende Regel läßt sich nicht geben[7]; ergänzend muß das richterliche Ermessen eintreten[8].

---

behauptet Dernburg I § 178 Note 15, ohne Begründung, daß Besitz an einer unbeweglichen Sache auch ohne Gegenwart bei derselben erworben werden könne. Seuff. Arch. XII. 5, XIII. 296, XXXIV. 13, XXXV. 183.

[6] L. 18 § 2 D. h. t. „Si venditorem quod emerim deponere in mea domo iusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit". L. 9 § 3 D. de I. D. 23. 3.

[7] Summam tamen hanc puto esse", sagt l. 55 D. de A. R. D. 41. 1, nachdem sie eine Reihe von besonderen Entscheidungsmomenten in Betracht gezogen hat, „ut si in meam potestatem pervenit, meus factus sit" (was Besitzerwerb voraussetzt). — Besondere Entscheidungen der Quellen sind folgende. Ein Thier, welches man verfolgt, besitzt man nicht schon, wenn man es verwundet hat, „quoniam multa accidere possunt, ut eam non capiamus", l. 5 § 1 D. de A. R. D. 41. 1; dagegen besitzt man das Thier, welches sich in einer von uns gelegten Schlinge gefangen hat, vorausgesetzt daß uns der Zutritt zu der Schlinge nicht versperrt ist, l. 55 D. eod. Ebenso besitzt man das Wild im Thierpark, die Fische im Fischteiche (Besitz an Park und Teich vorausgesetzt), l. 3 § 14. 15 D. h. t. (vgl. Baron S. 68—79); aber man besitzt nicht den wilden Bienenschwarm auf oder im Baum, und ebensowenig die von diesem Schwarm bereiteten Honigwaben, l. 5 § 2. 3 D. de A. R. D. 41. 1, l. 26 pr. D. de furtis 47. 2 (vgl. übrigens Gimmerthal Arch. für civ. Pr. LV S. 129 fg.). Man besitzt ferner nicht die in dem von uns besessenen Grundstück vergrabene Sache, l. 15 D. ad exh. 10. 4, l. 44 pr. D. h. t., obgleich darüber bei den römischen Juristen Meinungsverschiedenheit bestand, l. 3 § 3 D. eod. Auch der Besitz des Schlüssels gibt nicht Besitz der verschlossenen Sachen (der Schlüssel kann uns abhanden kommen, die Sachen können mittelst eines andern Schlüssels weggenommen werden), l. 74 D. de contr. emt. 18. 1, aus welcher Stelle zu erklären sind l. 9 § D. de A. R. D. 41. 1, l. 1 § 21 D. h. t, wenn nicht auch hier ein Widerstreit der Meinungen vorliegt. Die gegentheilige Entscheidung bei Seuff. Arch. III. 5. Vgl. Goldschmidt Handelsr. I § 67 Note 2. Eine besondere, mit seiner allgemeinen Auffassung (s. unten) zusammenhängende Erklärung der genannten Stellen bei Baron a. a. O. S. 128 fg.

[8] Die herrschende Meinung definirt die zum Besitzerwerb nöthige thatsächliche Gewalt nach Savigny als: unmittelbare und gegenwärtige Möglichkeit beliebiger (und ausschließlicher, vgl. Note 4) Einwirkung auf die

Ist die Sache bereits der thatsächlichen Gewalt eines Andern unterworfen, so setzt die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über dieselbe Beseitigung der bestehenden thatsächlichen Gewalt

Sache. Diese Formulirung ist in der neueren Zeit angegriffen worden, namentlich von Brinz, Baron, Ihering a. a. OO. Ueber und gegen die Ansicht von Lenz s. Baron S. 39—52, Meischeider S. 230, über und gegen die von Baron s. Randa § 11 Note 11, Rudorff Anhang Nr. 11, Exner S. 109 fg., Meischeider S. 231. Am Weitesten hat sich von Savigny's Auffassung Ihering entfernt. Nach Ihering's Ansicht hat die Apprehension gar nicht die Bedeutung der Erlangung der thatsächlichen Gewalt, sondern die der Constatirung des Eigenthumswillens. Diese Constatirung, führt Ihering weiter aus, hat im Uebrigen dadurch zu geschehen, daß man die Sache in eine Lage bringt, wie sie der Eigenthümer zu haben pflegt, bei Grundstücken aber, welche frei und offen liegen, genügt Gegenwart der Parteien beim Grundstück, welche Gegenwart aber eben nur Form des Ausdrucks des Willens, nicht Mittel der Begründung der thatsächlichen Gewalt ist. Diese Ansicht hat auf den ersten Blick etwas Anmuthendes, ja Bestechendes, insofern sie durch Verweisung auf die Art und Weise des Eigenthümers einen festen Anhalt für die Entscheidung von Detailfragen zu gewähren scheint — obgleich doch auch in dieser Beziehung zu fragen wäre, warum von Art und Weise des Eigenthümers, und nicht allgemeiner von Art und Weise desjenigen, der sich eine Sache aneignen will, gesprochen werden soll: die Art und Weise desjenigen, der sich eine Sache aneignen will, ohne Eigenthumsrecht sich zuzuschreiben oder in Anspruch zu nehmen, ist keine andere, als die des Eigenthumsberechtigten. Es scheitert aber Ihering's Ansicht nach meiner Meinung an dem besonderen Recht der frei und offen liegenden Grundstücke (Note 5). Ihering hat weder nachgewiesen, warum die Constatirung des Eigenthumswillens bei diesen in anderer Weise zu erfolgen habe, als bei den übrigen Sachen (s. S. 176 [200]), noch, daß die Auffassung der Gegenwart beim Grundstück als eines Mittels zur Constatirung des Eigenthumswillens quellenmäßig ist. S. gegen Ihering auch Randa S. 320 fg., Piniński S. 160 fg. 330 fg. Im Uebrigen wird nicht bestritten werden dürfen, daß Ihering's Polemik gegen die Savigny'sche Formulirung manches Treffende enthält, und auch ich bin dadurch bestimmt worden, sie, die in früheren Ausgaben dieses Lehrbuchs festgehalten worden war, fallen zu lassen. Im Wesentlichen übereinstimmend mit dem hier Gelehrten Exner a. a. O. und Meischeider a. a. O. (welcher übrigens auch hier dem römischen Recht Unklarheit, Unsicherheit und Unfertigkeit vorwirft). Eine neue Wendung der Savigny'schen Formulirung, welche sie aber, wie mir scheint, nicht sowohl verbessert als zurücknimmt, bei Goldschmidt Handelsr. I. 2 S. 1233; gegen dieselbe Meischeider S. 227 Note 1; vgl. Randa § 11 Note 5 (der selbst an der Savigny'schen Formulirung festhält, S. 305), Piniński S. 55. Aehnlich wie Goldschmidt Bruns in v. Holtzendorff's Encycl. § 30, Bekker S. 190. Ein Versuch einer neuen Formulirung des Begriffs der Macht über die Sache

voraus. Die Beseitigung kann mit oder ohne Willen des Inhabers der bestehenden thatsächlichen Gewalt erfolgen. Mit seinem Willen: insbesondere[8a] durch Uebergabe (Tradition) der Sache[9]. Besondere Regeln gelten für diesen Fall des Besitz-

bei v. Liebe S. 5 fg. Vgl. noch Cosak der Besitz des Erben S. 18 fg. — Pinińʼski (Note 2) will an die Stelle der Kategorie der thatsächlichen Gewalt die Kategorie des wirthschaftlichen Dienens der Sache, der wirthschaftlichen Verbindung der Sache mit der Person, setzen. Das sind doch nur Bilder, und die wirthschaftliche Verbindung, wie mir scheint, ein recht unbrauchbares Bild; unter dem Dienen der Sache aber, sollte man sagen, läßt sich nichts Anderes verstehen, als daß die Sache der Person gehorcht, und sie gehorcht der Person dann, wenn die Person die Macht hat, über sie zu verfügen. Durch die Schrift von Pinińʼski geht aber noch ein anderer Gedanke, nämlich daß der Besitz nur dadurch erworben wird, daß die Person der Sache die Bestimmung zum wirthschaftlichen Dienen durch eine Behandlung ihres Körpers aufdrückt. In Folge davon sieht Pinińʼski in jedem in den Quellen erkennbaren Fall des Besitzerwerbes ohne körperliche Behandlung eine Ausnahme, die er zu rechtfertigen sich für verpflichtet hält und bemüht ist, und beschränkt theilweise die Quellenentscheidungen gegen ihren Wortlaut, wie er denn im Besonderen das introire in fundum der Quellen als „wirthschaftliches Beziehen" erklärt und der ihm sehr unbequemen l. 18 § 2 D. h. t. (demonstrare ex turre) einen ganz engen Raum anweist.

[8a] Vgl. § 155 Note 8c.

[9] Die Quellen sagen sowohl tradere rem als tradere possessionem. Im engeren Sinne bezeichnet aber der Ausdruck tradere nur die unmittelbare Uebergabe von Hand zu Hand, und ist daher nur auf bewegliche Sachen anwendbar; specielle Ausdrücke für die Besitzübergabe bei Grundstücken sind: inducere in possessionem, mittere in possessionem. Zur Verstärkung wird zu possessio das Wort vacua hinzugefügt: tradere vacuam possessionem, mittere oder inducere in vacuam possessionem. Vgl. l. 36 D. de pactis 2. 14, l. 77 D. de R. V. 6. 1, l. 4 pr. D. de usur. 22. 1, l. 18 § 2 l. 33. 34 pr. D. h. t., l. 5. 12 D. de vi 43. 16, l. 35 § 1 D. de don. 39. 5. — Eine außerordentlich eigenthümliche Ansicht über „vacuae possessionis traditio" hat in der neueren Zeit Esmarch in seiner unter diesem Titel erschienenen Schrift (1873) aufgestellt. Nach dieser Ansicht soll unter vacuae possessionis traditio nicht körperliche Hingabe zu verstehen sein, sondern ein auf Ueberlassung des Besitzes gerichteter Vertrag, durch welchen der Besitz nicht als körperliches Haben, sondern als Vermögensding, mit der Bedeutung auf den Nehmer übergehe, daß dieser das Recht erwerbe, den Nutzen und Ertrag der Sache seinem Vermögen einzurechnen und sich der Sache einseitig zu bemächtigen, so wie alle sonstigen an den Besitz sich anknüpfenden Vortheile, wie z. B. die Beklagtenrolle, Freiheit von Caution, auch dem Tradenten gegenüber den Interdictenschutz, erlange. Man darf behaupten, daß Esmarch diese weitgehenden Aufstellungen nicht bewiesen hat. Dawider auch

erwerbes nicht[10]. Dagegen gilt für den Fall, wo die thatsächliche Gewalt ohne den Willen des bisherigen Inhabers erlangt wird, die positive Vorschrift, daß der Besitz an einem Grundstück durch

---

Hölder krit. VJSchr. XVI S. 533 fg., Wendt Faustrecht S. 233 fg., Pinińśki S. 309 fg.; nicht ganz ablehnend Randa § 15 Note 14; theilweise zustimmend Brunner zur Rechtsgeschichte der röm. u. germ. Urkunde I S. 119 Note 3. — Tradere bezeichnet nicht nothwendig die Uebergabe zu juristischem Besitz. Vgl. z. B. l. 20 D. commod. 13. 6, l. 1 § 36. 37 D. dep. 16. 3, l. 31 D. loc. 19. 2.

[10] Die l. 1 C. de don. 8. 53 [54] beantwortet nicht die Frage, ob Besitz erworben, sondern ob er mit Willen des bisherigen Besitzers erworben sei. Vgl. über diese Stelle Savigny S. 244—247 (220—221), Rudorff Anhang S. 562 und Nr. 63, Holzschuher II § 106 Nr. 1a, Baron a. a. O. S. 62, Exner a. a. O. S. 156, Jhering a. a. O. S. 206 der 2. Aufl., Dernburg Preuß. Privatrecht I § 152 Note 5. Pand. I § 178 Note 13, Goldschmidt Handelsr. 1. Aufl. I S. 639—640, Brunner a. a. O. S. 115 (welcher eine Singularität für Sclaven annimmt), Pinińśki S. 399 fg. (ebenso). — Der im Texte aufgestellte, im Uebrigen allgemein anerkannte Satz ist in der neueren Zeit von zwei Schriftstellern bestritten worden. 1. Brinz Jahrb. d. gem. R. III S. 16 fg. (1859) und Pand. 2. Aufl. § 138 (s. auch S. 503) leugnet ihn für den Fall, wo die Tradition den Besitz als solchen zum Gegenstand habe, nicht das Eigenthum. Er behauptet, in dem bezeichneten Falle liege eine Succession in den Besitz vor. Besitz also werde nur insofern erworben, als der Uebertragende selbst besitze und das Uebertragungsgeschäft gültig sei. Aber warum sollte derjenige, welchem eine Sache von einem Andern übergeben worden ist, genöthigt sein, sich auf die Tradition zu berufen, und sich demnach die Fehler der Tradition anrechnen zu lassen, warum sollte er nicht einfach dabei stehen bleiben können, daß er die Sache habe und haben wolle? Brinz meint (Pand. S. 511), er wolle den Besitz nur aus des Besitzers Hand haben, nicht einseitig; das Gegentheil leuchte nicht ein. Ist das ein Beweis? Ich weiß doch nicht, ob nicht mit dem gleichen Recht gesagt werden könne, der Brinz'sche Satz leuchte nicht ein. Unter den von Brinz angeführten Quellenstellen ist diejenige, welche verhältnißmäßig noch am meisten für ihn spricht, l. 11 D. de A. R. D. 41. 1; aber auch diese will nicht sagen, daß, wer von einem Pupillen ohne Auctoritas des Tutor erwerbe, nicht Besitzer werde, sondern nur, daß er nicht durch die — rechtlich nicht anerkannte — Veräußerung des Pupillen Besitzer werde (vgl. Savigny S. 418 Note 3 [S. 355 Note 4]). Vgl. gegen Brinz auch H. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII S. 237—249, Sintenis § 44 Note 8, Vangerow I § 202 Anm. (7. Aufl.), Randa § 15, Rudorff Anh. Nr. 15. Bekker S. 312 nimmt auf Grund von l. 11 cit. eine „Spaltung unter den römischen Besitzlehrern" an. 2. Was Brinz von der possessionis traditio, lehrt Esmarch in der in der Note 9 bezeichneten Schrift von der „vacuae possessionis traditio". Wenn in Folge von vacuae possessionis traditio der Besitz wirklich

heimliche Bemächtigung nicht erworben werden kann. Das Nähere hierüber in der Lehre vom Verlust des Besitzes.

§ 154.

Der Aneignungswille kann ausdrücklich erklärt werden, oder was das Gewöhnlichere ist, in anderen Handlungen hervortreten[1]; er kann sogleich bei der Erlangung der thatsächlichen Gewalt vorhanden sein, oder derselben erst nachfolgen[2].

Der Wille, die Sache für sich, wie eine eigene, zu haben, ist zum Erwerbe des Besitzes nicht immer nöthig; in folgenden Fällen wird juristischer Besitz auch ohne diesen Willen anerkannt (s. g. abgeleiteter Besitz, § 149 Note 6. 7):

ergriffen werde, so sei das nicht Occupation, sondern Ausübung des bereits erworbenen „Besitzes" (s. Note 9), also unwirksam, wenn durch das Uebertragungsgeschäft wegen eines juristischen Mangels „Besitz" nicht erworben worden sei. Ein Mehreres an Quellenmaterial, als von Brinz, ist in dieser Schrift nicht beigebracht. Vgl. auch Randa § 15 Note 14, Brinz Pand. 2. Aufl. S. 508. — Geht nach heutigem Handelsrecht der Besitz durch Uebergabe des Conossements oder anderer Waarenpapiere über? Vgl. Thöl Handelsrecht I § 80, Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 176 fg.; Exner a. a. O. S. 186 fg. und krit. VJSchr. XIII S. 313 fg; Goldschmidt Handelsr. 1. Aufl. I § 73 fg., Hauser Stellvertreter im Besitze S. 86 fg. (vgl. § 155 Note 6a). Seuff. Arch. I. 8. 396, II. 86, IV. 232. VI. 241, VII. 8. Besitzübertragung an Seeschiffen durch Uebergabe der Eigenthumspapiere? Vgl. Savigny 7. Aufl. S. 323 Note 1, Goldschmidt Handelsr. S. 639, Hauser a. a. O. S. 55 fg.; Goldschmidt a. a. O. § 79 Note 16, Exner krit. VSchr. XIII S. 307 fg.

§ 154. [1] Vgl. Seuff. Arch. XIII. 82, XVIII. 13. Liegt in der Zeichnung einer Sache der Ausdruck eines Aneignungswillens? Möglicherweise ja, möglicherweise nein; l. 1 § 2 l. 15 [14] § 1 D. de per. 18. 6. Savigny S. 351 (225), Randa § 11 Note 19, Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 193, Goldschmidt Handelsr. I § 68. Für die Besitzergreifung als Regel, indem er l. 1 § 2 cit. aus der Besonderheit des Falls erklärt, Kohler in Grünh. Zeitschrift XII S. 1 fg. Zustimmend Dernburg I § 178 Note 7. Vgl. Seuff. Arch. III. 143.

[2] Die Quellen sprechen in diesem Falle davon, daß „solo animo acquiritur possessio", l. 3 § 3 D. h. t., l. 9 § 9 D. de R. C. 12. 1. Wird der Aneignungswille in Folge einer Gestattung desjenigen gefaßt, für welchen der Inhaber bisher die thatsächliche Gewalt ausübte, so nennt man das heutzutage brevi manu traditio (im Gegensatz zu der longa manu traditio der l. 79 D. de sol. 46. 3); die Quellen sagen: „res pro tradita est", l. 62 pr. D. de evict. 21. 2, l. 9 § 1 D. de Publ. 6. 2. Vgl. l. 9 § 5 D. de A. R. D. 41. 1. Seuff. Arch. XXXIV. 276.

1) beim Pfandgläubiger; jedoch behält der Verpfänder den Ersitzungsbesitz[3];

2) bei demjenigen, der eine Sache vergünstigungsweise, aber zum vollen Haben, empfangen hat[4], auch hier jedoch unbeschadet des beim Hingebenden zurückbleibenden Ersitzungsbesitzes[5];

Precaris

[3] L. 1 § 15 D. h. t., l. 16 D. de usurp. 41. 3, l. 36 D. h. t., l. 15 § 2 D. qui satisd. 2. 8, l. 35 § 1 l. 37 D. de pign. act. 13. 7, l. 40 pr. D. h. t. Vgl. Seuff. Arch. XXXVII. 7. Die genannten Stellen reden nur von dem Faustpfandgläubiger; für die Gleichstellung des (den natürlichen Besitz erlangenden) Hypothekargläubigers s. Sintenis Pfandr. S. 230 und prakt. Civilr. I § 71 Anm. 16, Bruns S. 5. 6, Dernburg Pfandrecht II S. 53 fg., Rudorff Anhang Nr. 86 a. E., Stölzel Arch. f. civ. Pr. XLV S. 364 fg.; dawider Savigny S. 337 Note 3 [294 Note 3], Vangerow I § 200 Anm. 1 Nr. 1. a. Der Grund, weßwegen dem Pfandgläubiger der Besitzesschutz gegeben worden ist, ist ein rein historischer. Savigny S. 337 fg. (294 fg.). Bekker S. 163 fg. nimmt an, der Besitz des Faustpfandgläubigers sei Ersatz für den demselben in Folge der „Unfertigkeit" des römischen Rechts nicht gewährten Rechtsbesitz. Vgl. dazu Wendt Faustrecht S. 143 fg. Eine andere Auffassung bei Kohler pfandrechtl. Forschungen S. 166 fg.

[4] L. 4 § 1 D. de prec. 43. 26, l. 2 § 3 l. 6 § 2 eod., l. 10 § 1 D. h. t. Ueber den muthmaßlichen Grund s. Note 7 z. A. Vgl. auch II § 376 Note 2. In der neueren Zeit ist von verschiedenen Seiten behauptet worden, der Empfänger der precario gegebenen Sache habe den animus possidendi wirklich. Hierher gehören Dankwardt Jahrb. f. Dogm. XIV S. 303 fg., Randa S. 519 fg., Ubbelohde Arch. f. civ. Pr. LIX S. 236. Dankwardt: „Er wird Besitzer, weil er sich für die Dauer des Verhältnisses, also bis auf Weiteres als Eigenthümer der Sache, diese wie ein Geschenk ansehen soll." Randa: „Derjenige, dem die Ausübung eines Rechts auf Widerruf zugestanden worden ist, übt dasselbe bis zum erfolgten Widerruf wie ein Recht, für sich, — im eigenen Namen aus." Ubbelohde: „In der precario concessio liegt die Willenserklärung des precario dans an den Precaristen: hier hast du den Körper der Sache, mache damit, was dir beliebt; nur behalte ich mir vor, nach meiner Willkür die Sache zurückzunehmen". Nach meiner Meinung enthält es einen Widerspruch, zu sagen, daß der Empfänger des Precariums die Sache wie eine eigene, und zugleich daß er sie als eine dem Geber auf dessen Verlangen herauszugebende haben wolle. Sollte die bezeichnete Auffassung richtig sein, so müßte der Empfänger zeitweiliger Eigenthümer werden wollen. Bekker S. 175 fg. erklärt den Besitz des Precaristen in gleicher Weise wie den des Faustpfandgläubigers (Note 3); denn „mit dem Precarium wird dem Empfänger eine Art von Recht an der Sache eingeräumt."

[5] So erklären sich am einfachsten l. 15 § 4 D. de prec. 43. 26, l. 3 § 5 D. h. t. L. 13 § 7 D. h. t. hat weder ursprünglich von der Ersitzung

3) beim Sequester, wenn es die Absicht der Parteien gewesen ist, daß auf ihn Besitz übergehen solle, was bei der Sequestration einer streitigen Sache ohne Weiteres anzunehmen ist[6].[7]

gehandelt, noch kann diese Stelle im Sinne der Justinianischen Compilation auf die Ersitzung bezogen werden, da in den Ersitzungsbesitz des Einen der Besitz eines Andern nur dann eingerechnet werden kann, wenn dieser selbst Ersitzungsbesitz hatte, was bei dem Empfänger des Precarium gewiß nicht der Fall ist. Vgl. § 181 Note 10. Doch nehmen Andere, und namentlich Savigny S. 196—199 (183—185), auf Grund dieser Stelle Aufhören auch des Ersitzungsbesitzes für den Geber an. Umgekehrt läßt v. d. Hagen (über den nach l. 15 § 4 D. de precario stattfindenden Besitz des precario rogans und des rogatus, Hamm 1840), welchem Rudorff Anhang Nr. 48. 49 folgt, für den Geber auch den Interdictenbesitz fortdauern. Ebenso Dankwardt Jahrb. f. Dogm. XIV S. 303 fg. Gegen Beides Vangerow I § 200 Anm. 1 Nr. 3. c. Bekker S. 176 nimmt Uneinigkeit der Juristen an.

[6] Von diesem letzteren Falle handelt l. 17 § 1 D. dep. 16. 3 (vgl. pr. eod.), während l. 39 D. h. t., welche den Nachweis der bezeichneten Absicht verlangt, von der Sequestration im Allgemeinen spricht. Andere bringen beide Stellen dadurch in Einklang, daß sie in der ersten zu den Worten „deposita est" als Subject nicht res sondern possessio beziehen; hiernach wäre der Beweis der bezeichneten Absicht unter allen Umständen erforderlich. So namentlich Savigny S. 347 (302), Bruns S. 7, Vangerow I § 200 Anm. 1 Nr. 2. d. Dagegen Böcking § 123 Note 18, Muther Sequestration und Arrest S. 226 fg. Der Letztere sucht die Vereinigung in einer besonderen Auslegung der l. 39 cit.; die Worte derselben „si hoc aperte fuerit approbatum" sollen von einem „allgemeinen Gewohnheitsrecht" verstanden werden müssen. Es leuchtet nicht ein, was durch diese gezwungene und nahezu unmögliche Auslegung gewonnen wird. S. noch Dernburg Besitz S. 64 Note 7. Pand. I S. 395. — Bekker S. 180 fg. zweifelt, ob die dem Sequester gewährte possessio juristischer Besitz sei. Mandry Arch. LXIII S. 17 fg. findet die Erklärung des Besitzes des Sequester in der von ihm aufgestellten Definition des animus possidendi (§ 149 Note 7 a. E.).

[7] Von den Meisten wird zu diesen Fällen noch der des Emphyteuta, von Vielen auch der des Superficiar hinzugefügt. Dafür spricht der große Umfang der diesen Personen zustehenden Rechte, wodurch deren Erscheinung ganz nahe an die Erscheinung des Eigenthums heranrückt, und daß wahrscheinlich nichts Anderes als die Aehnlichkeit der Erscheinung mit der Erscheinung des Eigenthums der Grund ist, warum selbst das Verhältniß des Precaristen, dessen Wille doch weit hinter dem jener Personen zurückbleibt, als Besitz anerkannt wird. Aber ein Beweis ist das doch immer noch nicht — darf aus Einer Abweichung von der ratio iuris auf eine andere geschlossen werden? Und ein Beweis ist auch in dem, was man sonst angeführt hat, nicht enthalten. Man hat sich darauf berufen, daß der Emphyteuta und der Superficiar utilis *rei* vindicatio und utilis negatoria und confessoria actio haben — nach diesem

Erwerb des Besitzes durch Stellvertreter*.

§ 155.

Der Besitz kann auch durch einen Anderen erworben werden[1].

1. Dieß ist zunächst so zu denken, daß durch den Anderen nur das Moment der thatsächlichen Gewalt beschafft wird. Ich

---

Argument müßte auch der (nicht detinirende) Pfandgläubiger Besitz haben (l. 16 D. de serv. 8. 1, l. 16 § 3 D. de pign. 20. 1); darauf, daß der Emphyteuta die Früchte ohne Perception erwerbe, so wie auf die Vererblichkeit und Veräußerlichkeit seines Rechts — soll darin ein anderes Argument liegen, als das zu Anfang erwähnte, so ist zu antworten, daß das Recht des Emphyteuta bei aller Steigerung doch immer ein Recht an fremder Sache geblieben ist, er also nicht den Willen hat, die Sache wie eine eigene zu haben; auf l. 15 § 1 D. qui satisdare 2. 8 — aber die von der Frist zur Caution befreiende „possessio" dieser Stelle hat offenbar und anerkanntermaßen einen ganz besonderen Sinn, und in den Worten: „qui agrum vectigalem possidet" das possidere als Bezeichnung gerade juristischen Besitzes zu pressen, hier wo es auf juristischen oder nichtjuristischen Besitz, Besitz oder Nichtbesitz, gar nicht ankommt, ist willkürlich; endlich neuerdings auf die Analogie des ager publicus — obgleich die Anwendung der possessorischen Interdicte auf denselben doch keineswegs sicher ist — und auf die Analogie des ager provincialis; das letztere Argument ist nicht ohne Bedeutung, obgleich doch auch hier gefragt werden muß, ob nicht das Eigenthum des römischen Volkes am fundus provincialis in viel weiterem Sinne eine bloße theoretische Bedeutung gehabt habe, als das Eigenthum am gewöhnlichen fundus vectigalis. Für die Superficies ist ein Gegenbeweis in l. 3 § 7 D. uti poss. 43. 17 enthalten; man hat, um demselben zu entgehen, zu dem sehr unjuristischen Auskunftsmittel gegriffen, einen Besitz am Gebäude ohne den Grund und Boden anzunehmen. Vgl. für die hier nicht angenommene Ansicht Savigny S. 336. 319 (293. 281), Kierulff S. 360. 361, Bruns S. 8—10, Vangerow I § 200 Anm. 1 Nr. 2. b. c., Böcking I § 126 Note 6. 7 und Grundriß II § 82 Note 1, Sintenis I § 55 Anm. 10. § 56 Anm. 12, Schmidt (von Ilmenau) Jahrb. d. gem. R. III S. 251 Note 10, Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 109. 120, Dankwardt Jahrb. f. Dogm. XIV S. 329; dawider Savigny S. 331 fg. (298 fg.) (in Betreff der Superficies), Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XI S. 229—233 und Anhang zu Sav. Nr. 85, Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III S. 367 fg. (1847) und Pand. 195 Anm. 3, Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVII S. 1 fg. (1860), XX S. 177 fg. (1863), Wächter das Superficiar- oder Platzrecht in: Sammlung von Abhandlungen der Mitglieder der Juristenfacultät zu Leipzig, erster Band (1868) S. 45 fg. (in Betreff der Superficies), Degenkolb Platzrecht und Miethe (1867) § 11 fg. (ebenso).

* L. Hauser Stellvertretung im Besitze. Leipzig 1871. (Darüber

habe in meiner thatsächlichen Gewalt auch dasjenige, was ein Anderer in seiner thatsächlichen Gewalt hat, vorausgesetzt daß dieser des Willens ist, es nicht für sich, sondern für mich zu haben[2]. Daher besitze ich, was ein Anderer mit dem bezeichneten Willen in seiner thatsächlichen Gewalt hat, vorausgesetzt daß ich des Willens bin, es für mich zu haben[3].

a. Wille des Inhabers der thatsächlichen Gewalt, die Sache für den Andern zu haben. Ohne diesen Willen wird der Andere nicht Besitzer[4]; daher kann durch eine willensunfähige Person für

Exner krit. VJSchr. XIII S. 305 fg. und Reuling Zeitschr. f. Handelsr. XVI S. 320 fg.) Schloßmann der Besitzerwerb durch Dritte. Leipzig 1881. (Darüber Baron krit. VJSchr. XXIII S. 511 fg, Kohler deutsche Litteraturzeit. 1882 S. 399 fg., Krüger Arch. f. civ. Pr. LXVI S. 155 fg., Eck Zeitschr. f. Handelsr. XXX S. 289 fg., Czyhlarz Grünh.'s Zeitschr X S. 145 fg., Mitteis Stellvertretung S. 51 fg. Gegen Czyhlarz Schloßmann das. S. 583 fg.)

§ 155. [1] L. 53 l. 20 § 2 D. de A. R. D. 41. 1, § 5 I. per quas pers. 2. 9, l. 1 C. eod. 4. 27, l. 1. 8 C. h. t., Paul. sentent. V. 2 § 2. Schloßmann a. a. O. sucht auszuführen, daß das römische Recht im Princip Besitzerwerb durch Dritte nicht anerkannt habe, nicht wegen principieller Verwerfung der directen Stellvertretung, sondern wegen des Grundsatzes: per liberam personam acquiri non potest, welchem Grundsatz Schl. eine besondere, auf den Schutz der persönlichen Freiheit gerichtete Bedeutung beilegt. Eine Ausnahme habe das römische Recht nur für den tutor, den curator und den procurator gemacht; dieser procurator sei aber eine ganz besondere Person gewesen, nicht ein Beauftragter, sondern eine Art Factotum, ein Mann für Alles, ein Alterego (S. 89 fg.). Procuratoren dieser Art seien dem heutigen Leben unbekannt; daher seien für das heutige Recht die römischen Bestimmungen auf Jeden zu übertragen, der für einen Andern nicht suo nomine Besitz ergreife. Schl. hat nur Widerspruch gefunden. Mich hat er ebenso wenig überzeugt wie die anderen oben Genannten.

[2] Er muß die Sache für mich haben wollen in der Gesammtheit ihrer Beziehungen, was nicht voraussetzt, daß er sie in jeder einzelnen Beziehung für mich haben will (§ 149). So besitze ich durch den Nießbraucher nicht weniger, als durch den Pächter oder denjenigen, welcher die Sache in meinem Auftrag für mich in Besitz genommen hat.

[3] Paul. sentent. V. 2 § 1. „Possessionem adquirimus (et) animo et corpore; animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno". L. 3 § 12 D. h. t.: — „animo nostro, corpore etiam alieno possidemus".

[4] L. 1 § 20 D. h t. „Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis adquiritur; cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam duntaxat suam accommodarent, nobis non possunt adquirere". Dieß gilt selbst für den Sclaven, l. 1 § 19 eod. Vgl. übrigens Mandry das gem. Familiengüterrecht I S. 79.

einen Andern Besitz nicht erworben werden[5]. Ob dieser Wille vorhanden ist oder nicht, ist eine thatsächliche Frage, welche im einzelnen Fall beantwortet werden muß. Hervorzuheben ist: 1) daß, wer in Folge des Auftrags eines Andern die thatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt, nicht nothwendigerweise den Willen zu haben braucht, die Sache für den Andern zu besitzen, sondern daß sein Wille auch darauf gerichtet sein kann, zunächst für sich Besitz zu erwerben, und erst hinterher den Andern zum Besitzer zu machen[6]; 2) daß, wer eine Sache mit dem Auftrage übernimmt, sie an einen Andern abzuliefern, im Zweifel nicht für diesen Andern besitzen will, sondern für den Auftraggeber[6a]. 3) Bei der Tradition

[5] L. 1 § 9. 10 D. h. t.

[6] Durch diese Unterscheidung löst sich der scheinbare Widerspruch folgender Stellen: l. 13 pr. vgl. l. 20 § 2 D. de A. R. D. 41. 1, l. 42 § 1 D. h. t. — l. 59 D. de A. R. D. 41. 1, l. 2 C. de his qui a non dom. 7. 10, l. 135 § 2 D. de V. O. 45. 1. u. a. m. Vgl. Savigny S. 345 Note 1 (306 Note 3 a. E.), v. Scheurl Beiträge I S. 309. 310. 313 (Jahrb. f. Dogm. II S. 26 Note 5), Bremer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI S. 236—249 (1854), Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 324—335 (1857), Bremer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX S. 40 fg. 90 fg. (1862). A. M. Schloßmann a. a. O., welcher die zuerst genannten Stellen aus dem von ihm aufgestellten Begriff des procurator (Note 1) erklärt und behauptet, der bloße Mandatar habe nach römischem Recht den Besitz für sich auch dann erworben, wenn er ihn für den Mandanten habe erwerben wollen (S. 80). — Im Besonderen über den Einkaufscommissionär s. Goldschmidt Handelsr. 1. Aufl. I S. 615 fg, Grünhut Recht des Commissionshandels § 42., Seuff. Arch. V. 112. 253, XII. 122, XXX. 231. Vgl. noch das. X. 134. VII. 7 (Frachtfuhrmann); II. 286, V. 56. 60, VIII. 76, IX. 128 (Spediteur); s. ferner die in Note 8 citirten Erkenntnisse. Goldschmidt 1. Aufl. Handelsr. I S. 617 fg. 753 fg.

[6a] Vgl. l. 2 § 6 D. de donat. 39. 5, l. 8 C. de O. et A. 4. 10. Anders, wenn die Sache im Auftrage desjenigen übernommen wird, an welchen sie abgeliefert werden soll, l. 65 pr. D. de A. R. D. 41. 1, l. 14 § 17 D. de furt. 47. 2. Besondere Anwendung auf Frachtfuhrmann, Eisenbahn, Post, Schiffer, Spediteur: Goldschmidt Handelsr. 1. Aufl. I S. 617 fg. Seuff. Arch. II. 286, V. 60, VII. 7, VIII. 76, IX. 128, XV. 48. — Eine Ausnahme nimmt Goldschmidt § 73—76 für den Fall des Conossements an, ebenso für jeden andern Fall, wo die Uebergabe in dem Sinn geschieht, daß die Auslieferung des Gutes nur an den legitimirten Inhaber eines vom Uebernehmer ausgestellten Empfangscheines (Ladeschein und Lagerschein des HGB., aber nicht diese allein, s. Goldschmidt S. 755 fg.) gegen Rückgabe desselben erfolgen solle; in diesem Fall gehe der Wille des Uebernehmers dahin, die

ist entscheidend für die Willensrichtung des Empfängers die Erklärung des Tradenten, in dem Sinn daß, wenn der Empfänger gegen dieselbe keinen Widerspruch einlegt, obgleich er sich über ihren Inhalt nicht im Irrthum befindet, er sich eben dadurch diesen Inhalt aneignet, und ein etwa bei ihm vorhandener gegentheiliger Wille, weil nicht geäußert, nicht in Betracht kommt[7]. —

Sache für denjenigen zu detiniren, welchem er zur Auslieferung verbunden sei. Im Wesentlichen übereinstimmend Hauser S. 86 fg., im Resultat des Besitzüberganges auf den Empfänger des Conossements auch Meischeider S. 302 fg., Randa Eigenthumsrecht § 12 Note 16. Beachtenswerthe Gründe dagegen bei Exner krit. VJSchr. XIII S. 314 fg. Dafür Entscheid. des RG. V S. 79 fg. (= Seuff. Arch. XXXVII. 327). — Hauser S. 62 fg. nimmt auch in dem Falle sofortigen Besitzerwerb durch den Adressaten an, wo das Gut an eine von ihm bezeichnete Person zur einstweiligen Aufbewahrung für ihn übergeben worden ist; vgl. hierzu Goldschmidt § 66 Note 30—32, auch Exner krit. VJSchr. XIII S. 309 fg.

[7] Dieß gilt 1) für den Fall, wo dem Empfänger für einen Andern übergeben wird, und sein nicht geäußerter Wille darauf gerichtet ist, den Besitz für sich zu erwerben. Von diesem Falle ist zu verstehen l. 13 D. de don. 39. 5. Früher lehrte man auf Grund dieser Stelle, daß bei der Tradition der Wille des Tradenten in Betreff der Person des Besitzerwerbers schlechthin entscheidend sei. Savigny S. 353 (306). Es ist das Verdienst Bremer's Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI S. 249 fg., dieser Erklärung gegenüber die ältere des Donellus wieder zur Geltung gebracht zu haben, durch welche der Inhalt der Stelle mit anerkannten Rechtsgrundsätzen in Einklang tritt; s. auch Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 320, Scheurl das. II S. 26, Schirmer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI S 458 fg. XIV S. 167 fg, H. Witte das. XVIII S. 286 fg., Bremer das. XX S. 53 fg., Meischeider S. 271 fg., Wächter I S. 69; dawider mit ungenügenden Gründen Exner Rechtserwerb durch Tradition S. 136 Note 39, s. auch Randa § 20 Note 27. Eine besondere Auffassung bei Hauser S. 19 fg. Wenn die genannten Schriftsteller (theilweise) ferner behaupten, daß l. 37 § 6 D. de A. R. D. 41. 1 von dem umgekehrten Fall zu verstehen sei, wenn der Empfänger seinen gegentheiligen Willen beim Empfang an den Tag gelegt habe (in besonderer Weise auch hier Hauser S. 20), so ist dieß zwar viel weniger unzweifelhaft; es ist jedoch zuzugeben, daß, wenn die genannten Stellen überhaupt vereinigt werden sollen, diese Erklärung immer noch den Vorzug verdient vor der gewöhnlichen (so auch neuerdings Zoll in dem unten bezeichneten Aufsatz): nihil agetur, d. h. ex mente procuratoris, anders ex mente tradentis. Was Vangerow I § 205 hiergegen bemerkt, übersieht, daß l. 37 § 6 cit. zunächst nicht vom Besitz-, sondern vom Eigenthumserwerbe spricht. S. auch Arndts § 140 Anm. 4. Andere nehmen einen Widerspruch der Quellen an, s. Vangerow u. Exner a. a. OO., Brinz 2. Aufl. I S. 521. Einen Widerspruch nehmen auch an

Der Wille, die Sache für einen Andern zu haben, braucht nicht sogleich von Anfang an vorhanden zu sein; er kann auch hinterher gefaßt werden, nachdem der Inhaber bis dahin für sich (oder für einen Dritten) hat besitzen wollen[8]. Ein Weiteres als der

---

Bekker S. 213 und Schloßmann Grünhut's Zeitschr. VIII S. 429 fg.; aber der Erste versteht die Stellen von dem Fall eines Mißverständnisses, der Zweite sucht auszuführen, daß die Stellen nicht die Besitzes- sondern nur die Eigenthumsfrage behandeln, und zwar nur für den Fall der Schenkung. Mit den beiden letzten Punkten ist einverstanden Zoll Grünhut's Zeitschr. IX S. 37 fg.; gegen denselben im Uebrigen Schloßmann das. IX S. 329 fg. In l. 43 § 1 D. de furtis 47. 2 tritt Besitzerwerb für den vom Tradenten Bezeichneten deßwegen nicht ein, weil dieser den Besitzeswillen nicht hat (der Empfänger ist „falsus procurator"). Die hier aufgestellte Regel gilt aber 2) in gleicher Weise auch für den umgekehrten Fall, wo der Tradent dem Empfänger für sich (den Empfänger) zu übergeben erklärt, und dieser den nicht ausgesprochenen Willen hat, den Besitz für einen Andern zu erwerben. D. h. es wird auch in diesem Fall durch die Tradition Besitzer der vom Tradenten Bezeichnete, also der Empfänger, nicht der Andere; es kann freilich der Empfänger den Andern sofort zum Besitzer machen (durch constitutum possessorium, Note 8). A. M. Bremer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX S. 25 fg. (1863), indem er den Traditionswillen dahin auslegt, daß derselbe die Person des Habensollenden unbestimmt lasse. M. E. ist dieß zwar möglich, aber nicht nothwendig; wer es in einem gegebenen Fall behauptet, wird es nachweisen müssen. So auch Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 319 fg., Pagenstecher Eigenthum II S. 204. 205, während Randa S. 470 fg. (vgl. dens. Eigenthumsrecht S. 259 fg.), Arndts § 145 Anm. 3, Dernburg Preuß. Privatr. I § 154 Note 2, Meischeider sich für die Ansicht Bremer's erklären. Vgl. auch Hauser S. 18, Exner Rechtserwerb durch Tradition S. 139 Note 46, Goldschmidt Handelsr. I S. 66 Note 7. S. noch Puchta de dominio rerum per procuratorem acquirendo (kl. civil. Schriften Nr. XXXII), Scheurl Beiträge I S. 208 fg. Ein Beweis für die hier vertheidigte Ansicht, wenn gleich kein durchaus entscheidender, liegt auch in l. 13 pr. D. de A. R. D. 41. 1 (Gegenbemerkungen von Bremer S. 52. 53). Seuff. Arch. XV. 100. 3) In gleicher Weise gilt endlich die aufgestellte Regel auch für den Fall, wo der Tradent für A zu übergeben erklärt und der Empfänger den nicht ausgesprochenen Willen hat, für B zu nehmen. Vgl. Seuff. Arch. XXX. 8.

[8] L. 18 pr. D. h. t. Die Neueren haben für diesen Fall den Ausdruck constitutum possessorium erfunden. Savigny § 27, Randa § 20 von Note 18a an, Exner Rechtserwerb durch Tradition S. 142 fg., Hauser S. 46 fg. I. P. Verloren het constitutum possessorium in het romeinsche recht. Utrecht 1867. J. Harburger das constitutum possessorium im römischen und heutigen Recht. Münchener Inaug.-Diss. 1881. Darüber Leonhard krit.

kundgegebene Wille des Inhabers, für die Vertretenen zu besitzen, ist in diesem Fall für den Besitzerwerb des Vertretenen nicht erforderlich[8a]. Eine andere Frage ist aber, ob dieser Besitzverschaffung als solcher die rechtliche Wirkung der Tradition, und im Besonderen die Wirkung der Eigenthumsverschaffung (§ 172) zukommt. Diese Frage ist zu verneinen[8b]. Die bezeichnete Besitzverschaffung hat die rechtliche Wirkung der Tradition nur dann, wenn ein Grund vorhanden ist, kraft dessen der bisherige Besitzer einstweilen die Detention behält[8c].

VJSchr. XXIII S. 311 fg., Krasnopolski Grünhut's Zeitschr. IX S. 419 fg. S. auch die von Exner, Behrend und Leonhard für den 15. deutschen Juristentag über die Frage: ob und unter welchen Voraussetzungen das constitutum possessorium mit der Wirkung der Besitzübertragung für bewegliche Sachen auszustatten ist? erstatteten Gutachten, Verhandlungen I S. 3 fg. 72 fg. 91 fg. Die Verhandlungen selbst: II S. 84 fg.

[8a] Es ist nicht einzusehen, weßwegen die nackte Erklärung: Hiermit erkläre ich fortan den Besitz für A haben zu wollen, den A (seinen Willen vorausgesetzt) nicht zum Besitzer machen sollte. Insofern kann mit Bähr Urteile des Reichsgerichts S. 66 gesagt werden, daß das Gericht, welches nach dem Grunde dieser Erklärung fragen wollte, sich einer „unberechtigten Neugierde" schuldig machen würde. Vgl. die folgende Note a. E.

[8b] Savigny polemisirt gegen die Meinung Aelterer, daß das constitutum possessorium etwas Besonderes, und daher auf die in den Quellen genannten speciellen Fälle zu beschränken sei. Diese Meinung wird gegenwärtig von Niemand mehr getheilt, und es ist allgemein anerkannt, daß das constitutum auf Anwendung eines feststehenden Grundsatzes beruht. Dagegen ist in der neueren Zeit das Bestreben erwacht, das Constitutum in anderer Weise einzuschränken, und zwar in der Weise, daß für dasselbe, wie man es ausgedrückt hat, eine causa detentionis verlangt wird. So namentlich Exner a. a. O. (s. auch krit. VJSchr. XIII S. 306 fg.), ferner Meischeider S. 290, Verloren, Leonhard, Behrend a. a. OO. Dieser Opposition habe auch ich mich angeschlossen; ich glaube sie aber jetzt nur für die Tradition in dem im Text bezeichneten Sinn, nicht für die Besitzverschaffung, aufrecht erhalten zu sollen. Zwar hat man gesagt, Exner a. a. O., Randa S. 465 fg., eine Besitzverschaffung durch Constitutum könne ohne causa detentionis gar nicht vorkommen; wenn keine causa detentionis vorliege, sei die Erklärung, für den Andern besitzen zu wollen, „leere Formel", also nicht ernstlich gemeint. Aber das leuchtet nicht ein. Es ist kein Grund vorhanden, die Ernstlichkeit der Besitzübertragungserklärung zu bestreiten, welche bloß zu dem Ende erfolgt, damit dem Erfordernisse der Tradition für den Eigenthumserwerb genügt sei. Uebereinstimmend Dernburg I § 181.

[8c] Es wird z. B. die Sache dem Inhaber vermiethet oder es wird ihm der Nießbrauch an derselben bestellt. L. 77 D. de R. V. 6. 1, l. 28 l. 35

b) Was den Besitzeswillen desjenigen angeht, für welchen der Inhaber die thatsächliche Gewalt haben will, so ist eine besonders häufige und wichtige Weise der Aeußerung dieses Willens die, daß

§ 5 C. de don. 8. 53 [54]. Oder er ist Vermögensverwalter für den Anderen, oder socius omnium bonorum. L. 2 D. pro socio 17. 2. Dagegen genügt nicht die Erklärung, daß hiermit der Besitz übertragen sei. L. 48 D. h. t. Es muß vorliegen, daß, wenn die Sache körperlich wäre übergeben worden, sie zurückgegeben worden sein würde; dieses Hin- und Hergeben kann erspart werden. Wer behalten soll, braucht nicht erst hinzugeben; aber es kann nicht das Hingeben durch Haben im Namen des Anderen schlechthin ersetzt werden. Es ist eben nicht anzuerkennen, daß Uebergabe (Tradition) und Besitzverschaffung identisch seien Bei der s. g. brevi manu traditio (§ 154 Note 2) halten die Quellen es nicht für unnöthig, ausdrücklich hervorzuheben, daß das vorliegende Verhältniß die Tradition ersetze, und hier, beim Constitutum, steht die l. 48 cit. entgegen. Goldschmidt Handelsr. 1. Aufl. I S. 610 hilft sich ihr gegenüber durch die mißliche Annahme, daß sie nicht von einer Traditionserklärung rede, sondern von einer Anerkennung der geschehenen Tradition. Goldschmidt verlangt aber für die Wirksamkeit der Traditionserklärung Acceptation von Seiten des Erwerbers. Hauser S. 49 rechtfertigt in Anschluß an die hier vertheidigte Meinung die Wirksamkeit der Traditionserklärung damit, daß bei ihr immer ein genügender Grund der Inhabung vorliege, „sei es auch nur der der Aufbewahrung der Sache bis zur Auslieferung". Bähr Urteile des Reichsgerichts S. 48 (s. auch krit. VJSchr. XXVII S. 189 fg.) lehrt, daß nicht nur das constitutum schlechthin, sondern schon die Eigenthumserklärung als solche das Eigenthum übergehen mache. „Wenn auch im röm. Recht der Eigenthumsübergang durch den Gedanken des Uebergangs der possessio vermittelt wurde, so ist es doch nach heutigem Recht nicht nöthig, daß dieser vermittelnde Gedanke zum Ausdruck gelange. Der vereinbarte „„Eigenthumsübergang"" zieht den Uebergang der possessio von selbst nach sich . . ." Beweis ist nicht erbracht. Doch ist dafür, daß in der Eigenthumsübertragungserklärung als solcher die Erklärung des Willens, für den Andern zu besitzen, enthalten sei, und damit das Eigenthum übergehe, erkannt worden bei Seuff. Arch. VI. 310. Dawider aber daf XIII. 296, XIX. 15, XXII. 58, XXIV. 211, XXV. 98, XXXIV. 13. Dafür daß durch die Erklärung, der Andere solle Besitzer sein, oder es solle ihm tradirt sein, Eigenthum nicht übergehe: X. 229, XIII. 296 Daß durch die bloße Erklärung, für den Andern besitzen zu wollen, das Eigenthum auf denselben übergehe, nimmt an das OLG. zu Kiel, Seuff. Arch. XXXIX. 190. Dagegen hat sich für die hier vertretene Ansicht mit Bezug auf dieselbe ausgesprochen das OLG. zu Rostock, Mecklenb. Zeitschr. f. RPflege u. RWissensch. III S. 154 (Seuff. Arch. XL. 8) und hat sich wohl aussprechen wollen das RG. 8/11 81, Entscheid. V S. 181, Seuff. Arch. XXXVII. 193 (dasselbe sagt aber: es müsse vorliegen, daß wenn hingegeben worden wäre, zurückgegeben werden müßte — was nicht anerkannt werden kann). Ueber die Frage, unter welchen Voraussetzungen

Jemand den Auftrag ertheilt, eine Sache für ihn in Besitz zu nehmen. Dabei fragt es sich, welchen Grad der Bestimmtheit dieser Auftrag haben müsse. Es ist zu sagen, daß es für den Besitzerwerb des Auftraggebers weder erforderlich ist, daß der Auftrag auf eine bestimmte seinem Bewußtsein vorschwebende Sache, noch auch nur, daß er auf einen bestimmten Act der Inbesitznahme gerichtet sei. So genügt namentlich der Auftrag zur Verwaltung des gesammten Vermögens; durch jede Inbesitznahme, welche bei Ausführung desselben der Verwalter für den Geschäftsherrn vornimmt, wird der Letztere ohne Weiteres Besitzer[9]. Aller-

---

ein Constitutswille angenommen werden dürfe, vgl. noch Seuff. Arch. V. 253, XII. 122, XXX. 119, XXXIV. 270, XXXIX. 291 (RG.) Besonderes: 1) Liegt ein constitutum vor, wenn verabredet wird, daß die veräußerte Sache einstweilen, oder so lange, bis sie abgefordert werde, beim Veräußerer bleiben solle? Dawider Seuff. Arch. XIX. 15, XXV. 98, XXXVII. 192 und das bei Bähr Urteile des RG. S. 54 citirte Erk. des RG. 30/3 81. 2) Hauser S. 64 fg. findet ein Constitutum auch in der Versendung der verkauften Waare für den Fall, wo vom Erfüllungsort oder von einem Zwischenort durch eine vom Käufer bezeichnete Person versendet wird. Dawider Exner krit. VJSchr. XIII S. 311 fg., Goldschmidt Handelsr. 1. Aufl. I S. 630 fg., Meischeider S. 298 fg. Seuff. Arch. XXX. 120.

[9] Die Quellen sagen: per procuratorem etiam ignoranti adquiritur possessio, § 5 I. per quas pers. 2. 9, l. 49 § 2 D. h. t., l. 1 C. eod., l. 47 D. de usurp. 41. 3. Aber freilich ist es bestritten, wie weit der Sinn dieses Satzes reicht. An und für sich ist ein Dreifaches möglich. 1. Dieser Satz will sagen, daß, wenn Jemand den Auftrag zu der Inbesitznahme einer speciell bezeichneten Sache gegeben habe, es nicht nöthig sei, daß er die Ausführung seines Auftrages erfahren habe; so (wie es scheint) Savigny S. 365 (315). 2. Er will sagen, daß der Auftraggeber auch von der für ihn in Besitz genommenen Sache kein Bewußtsein zu haben brauche, wie in dem Fall, wo er dem Beauftragten eine mehr oder minder freie Auswahl unter verschiedenen Sachen überlassen hat; so Puchta im Rechtslex. II S. 61, Scheurl Beitr. I S. 217. 3. Er will sagen, daß der Auftraggeber auch davon kein Bewußtsein zu haben brauche, daß überhaupt für ihn etwas in Besitz genommen werde, wie eben derjenige, welcher einem Andern die Verwaltung seines ganzen Vermögens übertragen hat. So — im Widerspruch gegen die bis dahin herrschende Ansicht — Bremer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI S. 211 fg. (1854); gegen seine Ausführungen Schirmer das. XIV S. 167 fg. (1857), und gegen diesen wieder Bremer das. XVII S. 193 fg. (1860). Ich nehme keinen Anstand, mich für die Bremer'sche Ansicht zu erklären; so auch Arndts § 140 Anm. 2, Sintenis I § 44 Note 31, Wächter II S. 68, Randa § 20 Note 12, Rudorff Anhang Nr. 93, Exner Rechtserwerb durch

dings ist aber in den hier genannten Fällen der Vertreter Mehr als Organ der Beschaffung der thatsächlichen Gewalt, er ist auch zugleich Vermittler des Willensmomentes; derjenige, für welchen er den Besitz erwerben will, hat den Besitzeswillen nur insofern, als derselbe sich durch den ertheilten Auftrag im Voraus das Wollen seines Vertreters als sein Wollen angeeignet hat[10]. Das

---

Tradition S. 133 Note 29, Goldschmidt Handelsr. I § 66 Note 5, Hauser S. 16, Meischeider S. 281 fg., Zimmermann Stellvertretende Negotiorum Gestio S. 209 fg., Hellmann Stellvertretung S. 100 fg., Bekker S. 208; anders Brinz S. 1603 fg. (2. Aufl. I S. 519) Die Quellen machen keinen Unterschied zwischen den verschiedenen Arten der procuratores (vgl. außer den oben genannten Stellen noch l. 13 pr. l. 20 § 2 l. 53 D. de A. R. D. 41. 1, l. 1 § 20 D. h. t.), und ursprünglich geht der Ausdruck procurator sogar nur auf den Generalbevollmächtigten (l. 1 § 1 D. de proc. 3. 3, vgl. Pernice Labeo I S. 490 fg.). Paul. sentent. V. 2 § 2 ist vom nicht beauftragten Geschäftsführer zu verstehen; ebenso verlangt l. 42 § 1 D. h. t. nur für diesen die Genehmigung des Geschäftsherrn, und das Gleiche gilt für l. 23 [24] D. de neg. gest.. 3. 5. (Darüber, daß auch der nicht Beauftragte procurator genannt wird, s. Bremer XI S. 221 Note 3, Wlassak Neg. gestio S. 43 fg.) Will man die Bremer'sche Ansicht nicht annehmen, so muß man die Grenze nicht bei Nr. 3, sondern bei Nr. 2 machen. Zwischen Nr. 2 und Nr. 3 gibt es keine feste Grenze (Bremer XI S. 216. XVII S. 215), und was den Besitzeswillen angeht, so besteht zwischen dem Falle, wo ich Jemandem den Auftrag gebe, mir auf dem Pferdemarkte ein von ihm auszusuchendes Pferd zu kaufen, und dem Falle, wo ich ihm den Auftrag gebe, mir Alles zu kaufen, was er bei Verwaltung meines Vermögens für nöthig erachten werde, nicht der mindeste Unterschied; in keinem der beiden Fälle ist der Besitzeswille unvermittelt vorhanden, in beiden aber wirklich vorhanden durch die Vermittlung des Vertreters. S. auch die folgende Note. Uebereinstimmend mit der hier vertretenen Ansicht Seuff. Arch. II. 135, V. 106, X. 134, s. auch XXIII. 15; dawider III. 10, VIII. 231 (theilweise). — Schloßmann S. 130 fg. bezieht den Satz: per procuratorem ignoranti possessio adquiritur auf den von ihm aufgestellten Begriff des procurator (Note 1), und läßt demnach den Geschäftsherrn durch den procurator in diesem Sinn auch ohne allen Auftrag den Besitz erwerben. Für das heutige Recht überträgt er das auf Jeden, für den ein Anderer Besitz erwirbt (S. 168 fg.).

[10] Vgl. § 73 Note 11. So erklärt sich l. 34 § 1 D. h. t., in welcher Stelle es heißt, daß ich bei eigenem Irrthum über die in Besitz genommene Sache durch meinen nicht irrenden Stellvertreter Besitz erwerben kann. So erklärt sich ferner, daß die Anerkennung des Erwerbes des Besitzes durch Stellvertreter auf utilitatis ratio und kaiserliche Constitutionen zurückgeführt wird (l. 1. 8 C. h. t, l. 11 § 6 D. de pign. act. 13. 7, § 5 I. per quas pers. 2. 9, vgl. l. 41 D. de usurp. 41. 3). Daß ich Besitz erwerben kann durch

gleiche Verhältniß findet im Fall der Genehmigung einer durch einen nicht beauftragten Vertreter geschehenen Besitzergreifung statt, was die Zeit vor der Genehmigung angeht[10a].

2. Dieß leitet über zu denjenigen Fällen, in welchen der Besitz durch einen Vertreter ohne allen eigenen Willen des Besitzerwerbers erworben wird. Diese Fälle sind: a) der Fall des Peculiarerwerbs[11]; b) der Fall, wo der Vertreter einer juristischen Person[12] für diese, der Vormund für den Bevormundeten[13] den Besitz erwirbt.

Jemanden, der mir bloß seine körperlichen Kräfte zur Disposition stellt, ist ein so selbstverständlicher Satz, daß es, um ihm Anerkennung zu verschaffen, nimmermehr der Geltendmachung von Zweckmäßigkeitsrücksichten und kaiserlicher Gesetzgebung bedurft hätte, wogegen es sich hier um eine Anwendung des vom römischen Recht principiell verworfenen Grundsatzes der Stellvertretung handelt. Andererseits liegt in den beiden hier bezeichneten rechtlichen Entscheidungen auch wieder ein neuer Beweis dafür, daß der Auftrag wirklich den Besitzerwerb in dem im Text bezeichneten Umfang begründet. S. übrigens auch Brinz S. 1606.

[10a] Mit andern Worten: die Genehmigung der Besitzergreifung (l. 42 § 1 D. h. t., Paul. sentent. V. 2 § 2) hat, wie jede Genehmigung, rückwirkende Kraft. Sie kann rückwirkende Kraft haben in dem angegebenen Sinne, und es muß ihr rückwirkende Kraft beigelegt werden nach der allgemeinen Vorschrift der l. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16 (§ 74 Note 6). Die Frage ist übrigens streitig. Gegen die rückwirkende Kraft: Savigny S. 365 Note 2 (S. 316 Note 1), Chambon Negotiorum Gestio S. 171 fg., Hauser S. 26 fg., Seuff. Arch. III. 10; für dieselbe Randa § 20 Note 16, Meischeider S. 288, Exner Rechtserwerb durch Tradition S. 134, Goldschmidt Handelsr. I § 66 Note 4, L. Seuffert Ratihabition S. 75, Zimmermann Stellvertretende Negotiorum Gestio S. 220 fg., Mandry Arch. f. civ. Pr. LXIII S. 11.

[11] L. 1 § 5 l. 3 § 12 l. 24 l. 44 § 1 D. h. t., l. 31 § 3 l. 47 D. de usurp. 41. 3. Dieser Erwerb wird zwar in l. 1 § 5 D. h. t. (vgl. l. 44 § 1 eod.) auf die in der Concession des Peculiums liegende allgemeine Willenserklärung zurückgeführt, so daß er ganz auf gleicher Linie stehen würde wie der Erwerb durch den Generalbevollmächtigten; aber daß dieß nicht der eigentliche Grund sein kann, geht daraus hervor, daß in dieser Weise auch willensunfähige Personen erwerben können, l. 1 § 5 D. l. 32 § 2 D. h. t. Der wahre Grund liegt in der eigenthümlichen Rechtsstellung des Peculiums, als eines Theils des Gesammtvermögens, welcher in der Person des factischen Inhabers selbständig geworden ist. Vgl. Mandry Begriff und Wesen des Peculium (1869) S. 48—51. Familiengüterrecht II S. 127 fg.

[12] L. 1 § 22 l. 2 D. h. t., in Verbindung mit l. 7 § 3 D. ad exh. 10. 4. Vgl. Randa S. 401—407.

IV. Verlust des Besitzes*.

§ 156.

Der Besitz wird dadurch verloren, daß eines der beiden[1] Momente, auf deren Zusammensein er beruht, aufgehoben wird.

---

[13] L. 13 § 1 D. de A. R. D. 41. 1, l. 1 § 20 D. h. t. Wie der Vormund wird im heutigen Recht auch der Testamentsexecutor zu behandeln sein, s. III § 567 Note 7. — Besonderes gilt für Kinder. Der Satz, daß sie auch physisch willensunfähig sind, ist gerade in der Lehre vom Besitzerwerb nicht streng durchgeführt worden. In Folge davon ist anerkannt, daß sie nicht bloß durch den Vormund Besitz erwerben können, sondern auch in eigener Person mit Unterstützung des Vormunds (auctoritate tutoris), ja, wenn ihnen etwas geschenkt wird, selbst ohne Unterstützung des Vormundes, l. 32 § 2 D. h. t., l. 3 C. h. t. Freilich ist die Interpretation dieser Stellen, und namentlich, daß in der letzten von aller Unterstützung des Vormundes abgesehen werde, vielfach bestritten. S. Savigny § 21, Puchta Rhein. Mus. V S. 33 fg. (kl. Schr. Nr. 19) und Vorlesungen I Beil. XI, Denzinger Arch. f. civ. Pr. XXXI S. 268 fg. 425 fg., Vangerow I § 204 Anm. 1, Lenz S. 158—168, Meischeider S. 201 fg., Rudorff Anhang Nr. 77, Esmarch vacuae possessionis traditio S. 71 fg., Dernburg I § 179 Note 8.

* Vgl. Jhering in der § 148 Note * cit. Schrift S. 209 fg. Jahrb. f. Dogm. a. a. O. S. 181 fg., Bekker S. 220 fg.

[1] L. 44 § 2 D. h. t.: — „possessionem amitti vel animo vel etiam § 156.
corpore". Wenn es in l. 153 D. de R. I. 50. 17 heißt: — „ut . . nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum (est)", so soll damit nicht gesagt sein, daß der Besitz durch das in contrarium agi beider Momente, sondern, daß er durch das in contrarium agi sowohl des einen als des andern verloren werde. In diesem Sinn kommt das Wort uterque in unseren Quellen auch sonst vor, so in l. 1 pr. D. de cond. trit. 13. 3, l. 10 § 13 D. de grad. 38. 10, l. 16 D. de leg. II° 31; in l. 8 § 4 i. f. C. de bon. quae lib. 6. 61 ist es sogar geradezu = alteruter. Savigny § 30. — Eine andere Erklärung geben Kierulff S. 390. 391 und nach ihm Lenz S. 212—220 übereinstimmend Piniński [§ 153 Note 2] S. 155). Sie sagen: das Habenwollen ohne thatsächliche Realisirung dieses Willens ist kein wahres Wollen, das thatsächliche Haben ohne das entsprechende Wollen kein wahres Haben; so wird also mit dem einen der Besitzesmomente immer auch das andere aufgehoben. Diese Erklärung wäre ganz gut, wenn nur auch die Quellen die Worte in dem Sinne verständen, welchen sie nach jenen Schriftstellern eigentlich haben sollen. Aber man vergleiche z. B. l. 3 § 1 D. h. t. (von demselben Verfasser, wie die hier zu erklärende Stelle): — „apiscimur possessionem animo et corpore, *neque per se animo, aut per se corpore*". S. auch Rudorff Anhang Nr. 100; andererseits Dernburg I § 182 Note 1. — Nach

Unter Aufhebung ist zu verstehen Verkehrung in's Gegentheil[2]. Das will sagen:

1) was das Moment der thatsächlichen Gewalt angeht, daß der Besitz nicht schon dadurch verloren wird, daß das zu seinem Erwerbe erforderliche körperliche Verhältniß zur Sache in einem gegebenen Augenblick nicht vorhanden ist[3], sondern erst dadurch, daß dessen Nichtvorhandensein zu einem festen Zustande wird[4]

einer älteren, jetzt wieder von Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 95 und Jahrb. f. Dogm. VII S. 57, so wie von Leist über die Wechselbeziehung zwischen dem Rechtsbegründungs- und dem Rechtaufhebungsacte (Jena 1876) S. 30 fg. vertretenen Ansicht soll die l. 153 cit. Beziehung nur auf den Fall haben, wo bei heimlicher Occupation eines Grundstücks „animo retinetur possessio" (Note 8). Dafür spricht l. 8 in Verbindung mit l. 6 § 1 h. t. und l. 46 in Verbindung mit l 44 § 1 h. t. Dagegen Savigny S. 386 (331), Rudorff Anhang Nr. 98. — Ungenauigkeit der Gedankenausbildung nimmt an Bekker S. 231 Note 1.

[2] L. 153 D. de R. I. cit.: — „ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque *in contrarium actum* (est)".

[3] So wird der Besitz eines Grundstücks nicht dadurch verloren, daß der Besitzer sich von dem Grundstück entfernt, auch nicht dadurch, daß er es vielleicht in längerer Zeit nicht wieder besucht, l. 3 § 11 D. h. t., l. 1 § 25 D. de vi 43. 16. Der Besitz einer beweglichen Sache wird nicht dadurch verloren, daß sie in die Erde vergraben wird, obgleich Vergrabensein der Sache zum Erwerbe des Besitzes nicht hinreicht (§ 153 Note 7), und nicht einmal dadurch, daß der Besitzer sich des Ortes, wo sie vergraben ist, augenblicklich nicht erinnert, l. 44 pr. D. h. t. Der Besitz an zahmen und gezähmten Thieren wird nicht dadurch verloren, daß sie den Ort des Gewahrsams verlassen, l. 3 § 13. 16 D. h. t., l. 4 l. 5 § 4 D. de A. R. D. 41. 1.

[4] Dieß liegt nicht vor in den in der vorigen Note bezeichneten Fällen: es hindert den Besitzer nichts, zu dem Grundstück zurückzukehren; die vergrabene Sache kann er wieder ausgraben und eine augenblickliche Schwäche seines Gedächtnisses wird überwunden werden; die draußen sich befindenden Thiere werden wiederkehren (sie haben „revertendi consuetudinem"). — Muß man in Fällen dieser Art sagen, daß der Besitz fortdauere ohne thatsächliche Gewalt — also daß für die Fortdauer des Besitzes eine andere Regel gelte, als für den Erwerb desselben? So frühere Auflagen dieses Lehrbuchs, und auch den Quellen ist diese Auffassung nicht fremd. Sie sagen in Fällen dieser Art, daß animo retinetur possessio (l. 3 § 11 D. h. t., l. 44 § 2 — l. 46 eod., l. 1 § 25 D. de vi 43. 16, § 5 I. de interd. 4. 15). Nichtsdestoweniger ist diese Auffassung kaum die zutreffende. Ein beliebig reproducirbares oder sich von selbst reproducirendes Verhältniß wird mit Recht dem gegenwärtigen gleichgestellt, und im Leben würde es nicht verstanden werden, wenn gesagt werden wollte, daß der Besitzer eines Ackers, der ihn Jahr aus

Dieß wird bewirkt: a) durch eine eintretende Unmöglichkeit der Wiederherstellung, vorausgesetzt daß die Unmöglichkeit ihrer Natur nach dauernd ist[5] und daß sie nicht sofort nach ihrem Eintreten wieder beseitigt wird[6]; b) dadurch, daß der Besitzer aus

---

Jahr ein bebaut und die Ernte von ihm zieht, die thatsächliche Gewalt über denselben zwar habe, wenn er sich in oder vor dem Acker, aber nicht, wenn er sich in seiner Behausung befinde. Vgl. auch Note 9. Savigny S. 383 (329) ist der Meinung, daß zwischen den Bedingungen des Erwerbes und der Fortdauer des Besitzes zwar kein Unterschied in Betreff des Wesens, aber doch in Betreff des Grades stattfinde; auch das scheint mir zu weit gegangen. Vgl. über diese Frage noch Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 100. 101 und Jahrb. f. Dogm. VII S. 56. 113 fg. 143 fg., Randa § 21, Bruns Jahrb. d. gem. R. VI S. 38—46, Dernburg Preuß. Privatr. I § 155 Note 3; über die Auffassung Jhering's s. Note 7. Lenz (S. 211. 212) sagt seiner Grundauffassung (§ 150 Note 1) gemäß: der Besitz muß, wie jedes Recht, fortdauern, bis specielle Aufhebungsgründe seine Beendigung herbeiführen. Ebenso Bekker S. 219.

[5] Ihrer Natur nach nicht dauernd ist z. B. die Unmöglichkeit, welche auf augenblicklicher Schwäche des Gedächtnisses beruht, oder darauf, daß das zahme Thier sich vom Haus entfernt hat (Note 4). Ihrer Natur nach dauernd ist namentlich die Unmöglichkeit, welche auf Verdrängung durch einen Andern beruht, l. 1 § 45. 47. 24 D. de vi 43. 16, l. 33 § 2 l. 4 § 22 D. de usurp. 41. 3, l. 15 D. h. t. Ferner: das Grundstück wird vom Wasser occupirt (im Gegensatz vorübergehender Ueberschwemmung), l. 3 § 17 l. 30 § 3 D. h. t.; die bewegliche Sache fällt in's Wasser, l. 13 pr. D. h. t.; ich verliere die bewegliche Sache (anders wenn ich sie innerhalb meines Gewahrsams verlege), l. 3 § 13 l. 25 pr. D. h. t.; das gefangene Thier erlangt seine Freiheit wieder, das zahme verirrt sich, l. 3 § 13. 14 D. h. t., l. 3 § 2 D. de A. R. D. 41. 1. Specification: l. 30 § 4 h. t. Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 184 fg. 329. — Der Verdrängung steht es natürlich gleich, wenn sich ein Anderer mit Willen des Besitzers der Sache bemächtigt, nur daß hier der Besitz nicht bloß corpore verloren wird. Durch Ueberantwortung der Sache an einen Andern zum Haben für mich verliere ich ebenso natürlich den Besitz nicht — es müßte denn der Andere sie in Unkenntniß des ihm an der Sache zustehenden Eigenthumsrechts genommen haben. Diese letztere — allerdings auffallende — Entscheidung steht in l. 21 l. 33 § 5 D. usurp. 41. 3, vgl. auch l. 29 D. de pign. ad. 13. 7; als Grund wird angegeben, weil in diesem Fall das Ueberlassungsgeschäft nichtig sei. Unterholzner Verjährungslehre I § 131 a. E. II § 239 a. E.; a. M. Arndts RLex. III S. 875 fg., Vangerow I § 361 Nr. 1.

[6] Z. B. den Verdränger verdränge ich sofort meinerseits, l. 3 § 9 l. 17 D. de vi 43. 16. Seuff. Arch. XXXIV. 272. Das mir entschlüpfte wilde Thier verfolge ich und fange es wieder ein, l. 5 pr. D. de A. R. D. 41. 1.

andern Gründen die Wiederherstellung bleibend unterläßt[7]. Was die Unmöglichkeit der Wiederherstellung angeht, so gilt eine besondere Regel für Grundstücke: bei ihnen führt die Unmöglichkeit der Wiederherstellung, und namentlich die auf Verdrängung durch einen Andern beruhende, auch dann nicht Verlust des Besitzes herbei, wenn sie beseitigt wird sofort nachdem der Besitzer von dem Eintreten derselben Kenntniß erhalten hat[8].

Die in's Wasser gefallene Sache wird sogleich wieder herausgezogen, l. 13 pr. D. h. t. („post tempus").

[7] L. 37 § 1 D. de usurp. 41. 3. „Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex neglegentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore afuerit". Vgl. l. 11 C. unde vi 8. 4 (§ 160 Note 1). L. 3 § 10 D. h. t.: der Besitz eines Sclaven, welcher frei zu sein behauptet, ist verloren „si diu in libertate moretur". L. 47 D. h. t. Vgl. auch § 157 Note 5. Fragt man wo hier die Grenze ist, so wird man passend sagen dürfen: die Grenze ist da, wo der Besitzer anfängt sich zur Sache zu verhalten, wie Jemand, der die Sache wie eine eigene haben will, sich erfahrungsgemäß zur Sache nicht verhält. — Jhering S. 136 fg. 182 fg. (167 fg. 209 fg.) gründet auf die Art und Weise, wie der „Eigenthümer" sich der Sache zu bedienen pflegt, die ganze Lehre, wie vom Erwerb (§ 153 Note 8), so auch vom Verlust des Besitzes. Ich habe schon oben bemerkt, daß die Art und Weise desjenigen, der den Aneignungswillen hat, ohne Eigenthümer zu sein, keine andere ist, als die des Eigenthumsberechtigten. Aber auch auf die Art und Weise, wie der Aneignungswille sich im Leben zu bethätigen pflegt, kommt es da nicht an, wo eine dauernde Unmöglichkeit der Einwirkung auf die Sache eingetreten ist. Jhering weist die Kategorie der Unmöglichkeit aus der Lehre vom Verlust des Besitzes ganz aus, und so wird ihm der Verlust des Besitzes corpore im Grunde zu einem Verlust animo. Von der anderen Seite soll auch hier bereitwillig anerkannt werden, daß die Polemik Jhering's gegen die herrschende (auch in früheren Ausgaben dieses Lehrbuchs festgehaltene) Lehre, welche ihrerseits das Gewicht ausschließlich auf die Unmöglichkeit legt (in l. 37 § 1 D. cit. nimmt sie Verlust des Besitzes animo an, Savigny S. 424 [360], Bruns Jahrb. d. gem. R. IV S. 40, Randa § 22 Note 14 fg., vgl. übrigens auch Schirmer Zeitschr. für Civ. u. Pr. N. F. XI S. 401. 402 [wider diesen Rudorff Anhang Nr. 113], Meischeider S. 334 fg.), vieles Zutreffende enthält; der im Text unter b) gemachte Zusatz verdankt ihr seine Entstehung.

[8] Gelingt dem Besitzer der Beseitigungsversuch nicht, oder unterläßt er denselben ganz, so hat er erst jetzt seinen Besitz verloren, nicht sofort mit dem Eintreten der Unmöglichkeit. L. 3 § 7. 8 l. 6 § 1 l. 7 l. 18 § 3 l. 25 § 2 l. 46 D. h. t. Daß dieser Satz bei beweglichen Sachen nicht gilt, hebt ausdrücklich hervor l. 47 D. h. t. Als Grund dafür bezeichnet oder vermuthet

2. Ebenso wird, was das Willensmoment angeht, der Besitz nicht dadurch verloren, daß in einem gegebenen Augenblick der Wille die Sache für sich zu haben, nicht vorhanden ist[9], sondern nur dadurch, daß der Besitzer den Willen faßt (und erklärt), die Sache

---

(„forsitan") diese Stelle die „omissa custodia"; also: läßt man bewegliche Sachen nicht aus der Hand, so braucht man nicht zu fürchten, daß ein Anderer sie sich aneigne, oder man wird es doch sogleich erfahren. Sollte dieß der wirkliche Grund sein? Wie kann dem Besitzer zum Schaden angerechnet werden, daß er mit der Sache umgeht, wie jeder auch sorgfältige Besitzer pflegt (in der Stelle ist speciell von Leihen und Inverwahrunggeben die Rede)? Eher ist daran zu denken, daß bei beweglichen Sachen die Inbesitznahme durch einen Andern hinter dem Rücken des Besitzers regelmäßig die Möglichkeit der Wiederergreifung ausschließen wird. Die Unverbringlichkeit der Grundstücke im Gegensatz zu beweglichen Sachen betonen auch Kierulff S. 399 Note * und Böcking I § 125 Note 5, die aber zu weit gehen, wenn sie den für Grundstücke geltenden Satz selbstverständlich finden, obgleich er wohl nicht so „merkwürdig" ist, wie Savigny S. 408 (348) annimmt. Jhering S. 186 (213) sieht in dem Satz den Ausdruck der Regel: wenn der Besitzer den Occupanten nicht vertreibe, verliere er den Besitz deßwegen, weil er im kritischen Moment nicht als Eigenthümer hervortrete, und daher nicht früher, bis die Veranlassung, als Eigenthümer hervorzutreten, zu seiner Kenntniß gelangt sei. Ebenso hält Piniński S. 195 fg. den Satz für eine „Consequenz aus dem Wesen des Besitzverhältnisses". — Uebrigens läßt dieser Satz eine Reihe von Fragen offen So namentlich: ist Gewalt gegen den Occupanten erlaubt? kann er auch durch das interdictum uti possidetis vertrieben werden? gilt der Satz auch dem gutgläubigen Occupanten und demjenigen gegenüber, an welchen der Occupant die Detention weiter überträgt? wie ist es, wenn der Besitzer nach erlangter Kenntniß durch Krankheit, Abwesenheit, Wahnsinn u. s. w. an der Vertreibung des Occupanten gehindert wird? hat in der Zwischenzeit der Occupant nicht wenigstens Dritten gegenüber den Interdictenschutz? oder ist wohl gar die Fortdauer des Besitzes des Abwesenden auf sein Verhältniß zum Occupanten zu beschränken? Vgl. darüber namentlich H. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII S. 255—269 und Bruns Besitzklagen S. 134—166, außerdem Bruns Jahrb. des gem. R. IV S. 46 fg., Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 89—107 (Jahrb. f. Dogm. VII S. 144—146), Rudorff Anhang Nr. 106 vgl. 110, Fitting Arch. f. civ. Pr. LV S. 315 fg., Hauser Stellvertretung im Besitz S. 35 fg., Pernice Zeitschr. f. Handelsr. XX S. 639 fg., Meischeider S. 323 fg., Randa § 22 Note 34, Bekker S. 279 fg., Duncker S. 180 fg., Münderloh Zeitschr. d. Sav.-Stiftung III S. 229 fg., Wendt Faustrecht S. 166 fg.

[9] Daß hiermit nicht eine Verschiedenheit der Bedingungen für den Erwerb und die Fortdauer des Besitzes ausgesprochen ist (vgl. Note 4), liegt auf der Hand. Der Wille bekommt sein rechtliches Dasein durch die Aeußerung;

nicht mehr für sich haben zu wollen[10]. Diese Willenserklärung setzt zu ihrer Gültigkeit Handlungsfähigkeit voraus, und daher können handlungsfähige Personen den Besitz nur durch Aufhebung des Moments der thatsächlichen Herrschaft verlieren[11].

Durch den Tod des Besitzers hört zwar der Besitz auf[12], es dauert jedoch, wenn die vom Verstorbenen besessene Sache in der Erbschaft verbleibt, das Ersitzungsverhältniß fort[13].

---

aber sein rechtliches Dasein hängt nicht ab von einer fortdauernden Erneuerung der Willensaction.

[10] L. 17 § 1 D. h. t.: — „possessio . . recedit, ut quisque constituit nolle possidere". L. 3 § 6 l. 30 § 4 eod. — Frage: ist der Besitz verloren, wenn er zu dem Ende aufgegeben wird, damit ein Anderer ihn erwerbe, und dieser ihn nicht erwirbt? Diese Frage wird verneint von Ulpian und Papinian (l. 34 pr. D. h. t., l. 18 pr. D. de vi 43. 16), bejaht von Celsus (l. 18 § 1 D. h. t.). Die erste Meinung (ein gleicher Widerstreit der Meinungen § 202 Note 5) ist offenbar die richtigere, weil beide Theile der Willenserklärung in unzertrennbarer Verbindung stehen (Kierulff S. 393, Windscheid Voraussetzung S. 144—146, Scheurl Beiträge I S. 202—205, Exner Rechtserwerb durch Tradition S. 13 Note 30, Bülow Proceßeinreden S. 68 Note 67), und wäre daher vorzuziehen, auch wenn nicht schon die historische Vereinigung zu demselben Resultate führte (Scheurl a. a. O. S. 204). Umgekehrt meint Brinz S. 71 (2. Aufl. I S. 523 fg.), Celsus habe „nicht so nützlich, aber richtiger gedacht als Ulpian". Ebenso Randa § 22 von Note 7b an. Auch Lenz S. 230 fg. ist der Meinung, daß in der Tradition nicht ohne Weiteres die Bedingung des Besitzerwerbes durch den Andern liege. Vgl. noch Bruns Jahrb. d. gem. R. IV S. 42. Ueber Vereinigungsversuche s. Randa § 22 Note 9; dazu jetzt Mandry Arch. f. civ. Pr. LXIII S. 9 (hinzuzufügen Dernburg I § 182 Note 10). Eine andere Frage ist, ob nicht in dem angegebenen Fall der Besitz corpore verloren ist. Vgl. Sohm Zeitschr. f. Handelsr. XVII S. 19 fg.

[11] L. 27. 29 D. h. t., l. 11 D. de A. R. D. 41. 1, vgl. Vat. fr. § 1. Diese Stellen erklären für ungültig nicht bloß die Willenserklärung des natürlich Willensunfähigen, sondern auch die des juristisch Handlungsunfähigen (pupillus). In dem Letzteren liegt eine wirkliche Abweichung von der Consequenz aus dem Begriffe des Besitzes: aus Rechtsgründen wird die Rechtsposition des Besitzes aufrecht erhalten, obgleich die natürliche Thatsache des Besitzes nicht mehr vorhanden ist. Vgl. Randa S. 217 fg.

[12] Bei einem Gestorbenen kann weder von thatsächlicher Gewalt, noch von Aneignungswillen die Rede sein. L. 23 pr. l. 30 § 5 D. h. t., l. 1 § 15 D. si is qui test. 47. 4.

[13] Und deßwegen kann die Ersitzung vollendet werden, ehe der Erbe durch Besitzergreifung den Besitz erlangt hat. S. § 181 Note 9. Die Quellen geben diesem Satz aber nicht den Ausdruck, daß der Besitz fortdauere. Rechts-

§ 157.

Was den Besitz angeht, welcher durch einen Stellvertreter ausgeübt wird, so ergibt sich aus dem Begriffe desselben, daß er verloren wird: 1) dadurch, daß der Vertretene den Besitzeswillen aufgibt; 2) dadurch, daß der Vertreter die thatsächliche Gewalt verliert[1], oder aufhört, dieselbe für den Vertretenen haben zu wollen. Jedoch gelten von den unter Ziff. 2 aufgeführten Sätzen eine Reihe von positiven Ausnahmen[2]: der Besitz wird nicht verloren durch den Tod des Vertreters[3], nicht durch die eintretende Willensunfähigkeit desselben[3], nicht dadurch, daß er den Besitz aufgibt[4], vor-

---

destoweniger hat es in alter und neuer Zeit nicht an Juristen gefehlt, welche Fortdauer des Besitzes schlechthin angenommen haben; so namentlich Pfeiffer prakt. Ausführungen I Nr. 15, und neuestens Zrodlowski Untersuchungen aus dem Oesterreichischen Civilrecht S. 65 fg. Röm Privatr. II S. 229 fg. Dawider Mühlenbruch Forts. von Glück XLIII S. 77 fg. Entscheid. des RG. in Strafsachen X S. 259. Vgl. C. Cosak der Besitz des Erben, Weimar 1877, Bekker S. 289 fg. — Wird eine vom Verstorbenen besessene Sache der Erbschaft entzogen, so hilft die hereditatis petitio. Vgl. Jhering S. 71 (85 fg.) und III § 612 Ziff. 1.

[1] Auf die Person des Vertretenen kommt es in dieser Beziehung nicht an. Daher ist bei Grundstücken nicht erforderlich, daß der Vertretene von der durch einen Andern erfolgten Occupation Kenntniß erhalten habe. L. 1 § 22. 45 D. de vi 43. 16, l. 44 § 2 h. t. § 157.

[2] Andere leugnen, daß die im Folgenden genannten Sätze Ausnahmen, sie glauben, das dieselben Anwendungen der Regel seien. Wenn der Besitzer die thatsächliche Gewalt nicht mehr durch den Vertreter habe so folge daraus nicht, daß er sie überhaupt nicht mehr habe; man bedürfe ja keines Vertreters im Besitze. So Kierulff S. 397, Randa § 23, Hauser Stellvertretung im Besitze S. 31 fg., Dernburg Preuß. Privatr. I § 155 a. E. Pand. I S. 417. Hiergegen spricht das in Note 1 Bemerkte: daß der Besitz an Grundstücken durch die Occupation eines Dritten auch ohne Wissen des Vertretenen verloren wird. Also hat nach der Auffassung der römischen Rechts der Vertretene die thatsächliche Gewalt in der That nur durch den Vertreter; die thatsächliche Gewalt stellt sich dar in der Person des Vertreters, nicht des Vertretenen. Was hiergegen Dernburg I § 183 Note 5 bemerkt, wird der l. 1 § 22 cit. nicht gerecht.

[3] L. 3 § 8 l. 25 § 1 l. 40 § 1 D. h. t.

[4] So hat Justinian in l. 12 C. h. t. entschieden; bei den alten Juristen war dieß streitig, vgl. auf der einen Seite l. 31 D. de dolo 4. 3, l. 3 § 8 l. 44 § 3 D. h. t; auf der anderen l. 40 § 1 l. 31 eod. — Wird in Folge der Besitzaufgabe des Vertreters die Sache von einem Andern in Besitz ge-

ausgesetzt daß der Besitzer den eingetretenen Zustand nicht fest werden läßt[5]. Durch den Entschluß des Vertreters, die Sache nicht mehr für den Vertretenen, sondern für sich oder einen Dritten haben zu wollen, wird der Besitz verloren; jedoch kann

---

nommen, so ist nun freilich der Besitz verloren. Es fragt sich aber, ob auch in diesem Falle bei Grundstücken erforderlich ist, daß der Besitzer von der Occupation des Dritten Kenntniß erhalten habe? Diese Frage muß unbedingt für den Fall bejaht werden, wo die Occupation des Dritten erst nach einem Zwischenraum erfolgt: in diesem Falle wird das occupirte Grundstück so wenig durch einen Vertreter besessen, als wenn von Anfang an keine Vertretung stattgefunden hätte. Die Frage muß aber auch für den Fall bejaht werden, wo die Besitzaufgabe des Vetreters und die Inbesitznahme des Dritten in demselben Momente erfolgen, wo der Vertreter den Besitz zu dem Ende aufgibt, damit Jener ihn habe. Denn da der Vertreter in dem Augenblick aufhört, Vertreter fremden Besitzes zu sein, wo der Dritte den Besitz ergreift, so kann man nicht sagen, daß die Kunde von dieser Besitzergreifung an einen Vertreter des Besitzers gelangt sei (Note 1). Dafür spricht auch Sinn und Ausdruck der l. 12 C. h. t., vgl. namentlich die Worte: „nihil penitus domino praeiudicii generetur", und ein Gegenbeweis ist auch in l. 44 § 2 D. h. t. nicht enthalten (s. Note 1). Dieser Punkt ist übrigens sehr bestritten. Vgl. einerseits Savigny S. 441 fg. (372 fg.), Kierulff S. 398, Arndts § 143 Anm., Keller S. 235, Bruns Jahrb. d. gem. R. IV S. 43, Fitting Zeitschr. f. HR. XVIII S. 337 fg., Schirmer Zeitschr. f. deutsche Gesetzgebung VIII S. 615 fg., Meischeider S. 350 fg., Randa § 23 Note 7; andererseits Vangerow I § 209 Anm., H. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII S. 269—277. 283—285, Bruns Besitzklagen S. 112 fg., Wächter II S. 78, Dernburg I § 183 Note 6. Bruns beruft sich auf die citirte l. 44 § 2 h. t., die er, m. E. willkürlich, von einer Occupation nach Aufgeben des Besitzes durch den Vertreter versteht. Jhering S. 94 (114) fg. nimmt für den Fall der Veruntreuung des Besitzes durch den Stellvertreter Verlust des Besitzes, aber interdictum unde vi an. Aber es ist wohl denkbar, daß der Kaiser für den Fall des „prodere possessionem" etwas Anderes habe bestimmen wollen, als für den Fall des „derelinquere possessionem"? Für diesen Fall aber wollte er gewiß Fortdauer des Besitzes bestimmen, da sich nur hierauf die Controverse der alten Juristen, welche er entscheiden zu wollen erklärt, bezog. S. auch Bruns Besitzklagen S. 109 fg.

[5] L. 40 § 1 h. t.: — „quo mortuo non statim dicendum eam interpellari, sed tunc demum, cum dominus eam apisci neglexerit". So wenig die thatsächliche Gewalt fortdauert, wenn die Wiederherstellung des Verhältnisses, in welchem sie sichtbar war, dauernd unterbleibt (§ 156 Note 7), so wenig kann der ohne thatsächliche Gewalt rechtlich anerkannte Besitz fortdauern, wenn die Wiederherstellung der thatsächlichen Gewalt selbst dauernd unterbleibt.

natürlich dieser Entschluß rechtlich nicht in Betracht kommen, wenn er nicht geäußert worden ist[6].

V. Schutz des Besitzes*.

Einleitung.

§ 158.

Das Maß, in welchem, und die Gesichtspunkte, unter welchen der Besitz rechtlich geschützt wird, sind im Allgemeinen bereits angegeben worden (§ 148 Ziff. 1). Hier ist vom Schutz des Besitzes näher zu handeln[1]. Zu Grunde gelegt wird dabei nicht die Verschiedenheit der bezeichneten Gesichtspunkte, welche sich nicht

---

[6] Wenn es in l. 47 D. h. t. heißt: „Si rem mobilem apud te depositam aut ex commodato tibi possidere neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est", so will hier das „confestim" nicht die Nothwendigkeit der Aeußerung des Entschlusses, sondern die Nothwendigkeit der Kenntniß des Vertretenen von demselben verneinen (vgl. l. 44 § 2 — l. 46 eod.). In welcher Weise der Entschluß geäußert worden sei, ist gleichgültig, und namentlich darf nicht verlangt werden (wie mit Savigny (S. 430—434 [364—367] die herrschende Meinung thut), daß er bei beweglichen Sachen gerade durch eine körperliche Behandlung derselben an den Tag gelegt worden sei. L. 3 § 18 D. h. t. will nicht sowohl contrectatio für nothwendig, als bloßes Ableugnen, welches die Absicht die Sache für sich zu haben keineswegs ohne Weiteres voraussetzt (l. 20 D. h. t.), für nicht hinreichend erklären; so auch l. 1 § 2 l. 68 [67] pr. D. de furtis 47. 2. Vgl. Schirmer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI S. 397 fg. (1854), H. Witte das. XVIII S. 293—299, Baron Jahrb. f. Dogm. VII S. 146 fg., Meischeider S. 353 fg. Seuff. Arch. XXVII. 207. — Was unbewegliche Sachen angeht, so kann auch in diesem Falle der Besitz nicht ohne Vorwissen des Vertretenen verloren werden; auch in diesem Fall ist es nicht der Vertreter, welcher Kunde von der Besitzergreifung erhält. Auch erlaubt l. 47 D. h. t. einen Schluß a contrario. A. M. H. Witte a. a. O. S. 299—301 wegen l. 12. 18 pr. D. vi 43. 16, welche Stellen aber von einer Dejection des Besitzers reden (in der Person seines Beauftragten). S. auch Baron a. a. O. S. 162—164.

* Bruns die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts. 1874. Darüber Pernice Zeitschr. f. Handelsr. XX S. 636, Bekker krit. VJSchr. XVIII S. 1 fg.

[1] Der Besitz bildet auch die Grundlage für wichtige Fälle des Eigenthumserwerbes. Hiervon wird aber besser im Zusammenhange der Lehre vom Eigenthum gehandelt. § 158.

in allen Fällen des Besitzesschutzes geltend macht, sondern der Gegensatz zwischen bloßer Störung und Verlust des Besitzes[2].

A. Schutz des Besitzes gegen Störung*.

§ 159.

Gestört, ohne aufgehoben zu werden, wird der Besitz dadurch, daß sich der Wille eines Nichtbesitzers in einer einzelnen Beziehung in Widerspruch mit dem Willen des Besitzers für die Sache geltend macht. Dieß kann entweder dadurch geschehen, daß der Andere selbst auf die Sache einwirkt, oder dadurch, daß er dem Besitzer eine Einwirkung auf die Sache unmöglich macht[1].

[2] Der Schutz des Besitzes gegen Störung ist bloßer Interdictenschutz, beruhend auf der Jurisdiction des Prätors, der Schutz des Besitzes gegen Verlust ist theils Interdictenschutz theils civilrechtlicher Actionenschutz (§ 148 Ziff. 1). — Die Interdicte gegen Störung des Besitzes sind interdicta retinendae possessionis, die Interdicte gegen Verlust interdicta recuperandae possessionis. Mit den interdicta retinendae und recuperandae possessionis werden in den Quellen die interdicta adipiscendae possessionis zusammengestellt; dieselben sind aber nicht Interdicte aus Besitz, sondern auf Besitz. Ob sie bloß Besitz gewähren, oder den Streit definitiv reguliren, kann hier dahingestellt bleiben. Vgl. mit Savigny § 35 Jhering 2. Aufl. S. 66 fg.; gegen den letzteren Randa § 1 Note 10d.

* Dig. 43. 17 Cod. 8. 6 uti possidetis. Dig. 43. 31 de utrubi. — Besondere Behandlungen dieser Lehre sind: Albert über das interdictum uti possidetis der Römer (1824). Wiederhold das Interdictum uti Possidetis und die Novi operis Nunciatio S. 1—63 (1831). Keller Zeitschr. für gesch. RW. XI S. 287 fg. (1842). Rudorff das. XI S. 331 fg. (1842). H. Witte das interdictum uti possidetis als Grundlage des heutigen possessorium ordinarium (1863). (Darüber A. Schmidt [von Ilmenau] Heidelb. Jahrb. LVI S. 689—694 und Dernburg krit. VJSchr. V S. 511—523.) Eck die s. g. doppelseitigen Klagen des römischen und gemeinen deutschen Rechts S. 28—87 (1870). Krüger kritische Versuche S. 78 fg. 88 fg. (1870). Fitting Arch. f. civ. Pr. LV S. 304 fg. (1872). Bruns Besitzklagen S. 1—83 (1874). S. ferner Jhering S. 58 (72) fg., Vangerow I § 336 Anm. 1, Pagenstecher röm. Lehre vom Eigenthum III S. 225—233. 237—239, Brinz 2. Aufl. § 181. 182, Meischeider S. 430 fg., Rindel S. 157 fg.

§ 159. [1] Beide Fälle faßte das im alten Interdictenverfahren vom Prätor ertheilte interdictum dahin zusammen: es solle der Besitzer nicht verhindert werden, zu besitzen, wie er besitze („uti possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto", l. 1 pr. D. uti poss. 43. 17). Beispiele: Jemand gräbt, säet, baut auf einem in fremdem Besitz befindlichen Grundstück, er läßt den Rauch von seinem Grundstück auf dasselbe hinüberdringen, er bricht auf seinem

Aus einer solchen Störung entsteht für den Besitzer ein Anspruch[2], wenn die Störung fortdauert auf Wiederaufhebung derselben[3], bei Schuld des Störers auf Leistung des Interesse[3a], und soweit das Bedürfniß reicht auf Verbot fernerer Störung unter Androhung einer Strafe[3b]. Daß gegen die Person des

---

Grundstück Steine, so daß die Splitter hinüberfliegen; Jemand (z. B. der Miether) verhindert den Besitzer, auf dem besessenen Grundstück zu bauen, das auf demselben stehende Haus zu repariren, über die auf demselben wachsenden Pflanzen zu verfügen. L. 11 D. de vi 43. 16 (über diese Stelle s. Savigny S. 479 Note 2 [401 Note 4], Witte S. 100, vgl. jedoch auch Bruns Jahrb. d. gem. R. IV S. 50), l. 8 § 5 D. si serv. 8. 5, l. 5 § 10 D. de O. N. N. 39. 1, l. 3 § 2—4. 9 D. uti poss. 43. 17, l. 52 § 1 D. h. t. (41. 2), l. 12 D. comm. div. 10. 3. Liegt eine Besitzstörung auch in der Erwirkung eines Arrestes? Dawider Seuff. XXXV. 3

[2] Interdictum uti possidetis bei unbeweglichen, interdictum utrubi bei beweglichen Sachen. Im Justinianischen Recht ist zwischen beiden Interdicten kein Unterschied mehr, wogegen im klassischen Recht das interd. utrubi nicht gegenwärtigen Besitz voraussetzte, sondern daß der Kläger während des letzten Jahres länger besessen habe, als der Beklagte, wobei aber auf der einen und der andern Seite der dem Gegner gegenüber vi clam precario erlangte Besitz nicht gerechnet wurde (l. un. D. de utrubi 43. 31, § 4 I. de interd. 4. 15 vgl. mit Gai. IV. 150). M. a. W. im klassischen Recht gewährte das interd. utrubi nur möglicherweise Schutz gegen Störung des Besitzes, dagegen möglicherweise auch Schutz gegen Entziehung. Nichtsdestoweniger wird es als interd. retinendae possessionis sehr ausdrücklich bezeichnet. Gai. IV. 148, Paul. sentent. V. 6 § 1. S. darüber Schmidt (von Ilmenau) das Interdictenverfahren der Römer S. 69 Note 55. S. 115 Note 33, Bruns Besitzklagen S. 167—179, Jhering der Zweck im Rechte I S. 258. Die recuperatorische Wirkung bestreitet Münderloh Zeitschr. d. Sav.-Stift. IV S. 82. — Nach klassischem Rechte entstand der Anspruch nicht aus der Störung als solcher, sondern aus der nach Ertheilung des Interdicts verübten Störung. Im Justinianischen Recht ist dieß mit dem Interdictenverfahren selbst weggefallen. Vgl. Keller a. a. O. S. 307 fg., Rudorff a. a. O. S. 359. 360, Bruns Recht des Besitzes S. 40—45, Witte S. 98. 99. 102 fg. 117. 128, namentlich Schmidt a. a. O. S. 55—70. 321—331.

[3] L. 3 § 9 D. h. t. A. M. Bruns Besitzklagen S. 78 fg. Vgl. Note 3b.

[3a] L. 3 § 11 D h. t. Es ist übrigens nicht allgemein anerkannt, daß (nach Justinianischem Rechte) auch Ersatz des Interesse gefordert werden könne. Vgl. Krüger S. 110, Fitting S. 336. Dafür Bruns Besitzklagen S. 56 fg. Was den Fall angeht, wo dem Störer keine Schuld zur Last fällt s. unten Note 5a a. E.

[3b] Vgl. l. 2 § 18 D. ne quid in loco publ. 43. 8. J. R. A. § 162.

Besitzers Gewalt gebraucht worden sei, ist keine Voraussetzung dieses Anspruchs; es reicht hin, daß gegen seinen Willen, d. h. ohne seine Erlaubniß, gehandelt worden sei[4]. Ebenso wenig ist Voraussetzung dieses Anspruchs, daß der Störende den Besitz der Sache für sich selbst in Anspruch nehme, oder auch nur, daß er den Besitz des Gestörten leugne[5]. Ein Anspruch auf Verbot der

---

CPO. § 775. S. über diese Frage Savigny S. 489 (409), Bruns Recht des Besitzes S. 52, Schmidt a. a. O. S. 329. 332, Rudorff S. 357 und Anh. zu Sav. Nr. 141, Witte S. 118 fg., Bruns Besitzklagen S. 48 fg., Bruns hat an dem zuletzt genannten Orte (s. auch in v. Holtzendorff's Encyl. § 32) auszuführen gesucht, daß der Anspruch nicht nebenbei, sondern wesentlich und in erster Linie auf Verbot fernerer Störung gehe. Bruns ist der Ansicht, daß die Bedeutung der prohibitorischen Interdicte für das Justinianische Recht nicht, wie die herrschende Meinung annimmt, die sei, daß auch ohne Interdict geklagt werden könne, als sei ein Interdict erlassen worden, sondern die, daß auf das im Interdict enthaltene Verbot geklagt werden könne. Bruns interpretirt in diesem Sinne den § 8. I. de interd. 4. 15 und beruft sich außerdem auf l. un. C. uti poss. 8. 6. Aber die Beweiskraft der letzten Stelle wird dadurch gemindert, daß es sich in derselben nur um Feststellung des Besitzes zum Zwecke der Regulirung der Parteirollen im Eigenthumsstreite handelt, und was die Institutionenstelle angeht, so will sie doch offenbar sagen, daß der Wegfall des ordo iudiciorum lediglich processualische Bedeutung habe, während nach der Bruns'schen Auslegung sich mit diesem Wegfall der Inhalt des zu fällenden Urtheils, also der Inhalt des klägerischen Anspruchs, geändert haben würde. S. auch Randa § 7a Note 10, Pernice Zeitschr. f. Handelsr. XX S. 636 fg.

[4] Dieß ist der Sinn des prätorischen Spruchs: vim fieri veto. L. 11 D. de vi 43. 16. „Vim facit, qui non sinit possidentem eo, quod possidebit, uti arbitrio suo". Vgl. l. 8 § 5 D. si serv. 8. 5, l. 5 D. de S. P. U. 8. 2. Savigny S. 477. 478 (401. 402), Schmidt a. a. O. S. 50. 51.

[5] Das Letzte hält mit Anderen Vangerow I § 336 Nr. II a. E., auch das Erste halten Wiederhold a. a. O. S. 35 fg. und Sintenis I S. 466 für erforderlich; s. auch Brinz 2. Aufl. I S. 733 fg. S. dagegen Schmidt a. a. O. S. 51 Note 32, Witte S. 100 fg. 139, Eck S. 39 fg. 62 fg., Fitting S. 334 fg, Bruns Recht des Besitzes S. 48 fg. und Besitzklagen S. 70 fg., Bekker S. 255. Wenn von diesen Schriftstellern andererseits hervorgehoben wird (s. namentlich auch Bruns Besitzklagen S. 76 fg.), daß ein Angriff auf die Person als solche, ein Angriff auf die Person nicht in ihrer Beziehung zur Sache, zur Begründung der Klage nicht ausreiche, so ist dagegen nichts einzuwenden; nur ist damit nichts gesagt, was nicht schon in dem Begriff der Störung des Besitzes liegt, und jedenfalls darf das Gesagte nicht in dem Sinne verstanden werden, als müsse auch die Absicht der Verletzung auf die Person in ihrer Beziehung zur Sache, nicht auf die Person als solche, gerichtet ge-

Störung unter Androhung einer Strafe ist begründet auch bei bloß drohender Störung[5a]. Wesentlich aber für den Anspruch ist unter allen Umständen, daß der Besitzer nicht den Besitz durch eine gegen den Gegner verübte Eigenmacht erlangt habe; aus einer solchen Eigenmacht kann der Gegner eine Einrede gegen den Anspruch des Besitzers hernehmen[6]. Der Anspruch fällt weg gegenüber der Ausbesserung einer Cloake[6a]. Er dauert nur so lange, wie der Besitz, auf dem er beruht[6b], und verjährt in einem Jahre[7].

---

wesen sein. Aus der Praxis: Seuff. Arch. I 60, VII. 41 (für die Nothwendigkeit der Behauptung eigenen Besitzes), XXX. 229 (für die Nothwendigkeit der Bestreitung fremden Besitzes); VIII. 49, XII. 33, XIX. 232, XXIII. 136, XXV. 6. S. auch den bei Fitting S. 349 fg. berichteten Fall. — Auch diejenigen Schriftsteller, welche für das Justinianische und heutige Recht zugeben, daß das interd. uti possidetis Behauptung eigenen Besitzes in der Person des Störenden nicht voraussetze, sind theilweise anderer Meinung für das klassische römische Recht. So früher Bruns das Recht des Besitzes S. 38 fg., und jetzt noch Krüger a. a. O. Doch geht die Ansicht des letzteren Schriftstellers nicht dahin, daß dem im Besitze Gestörten ohne diese Behauptung gar nicht geholfen worden sei, sondern umgekehrt dahin, daß ihm ohne allen Proceß geholfen worden sei (durch ein neues Interdict, secundarium interdictum bei Gai. IV. 170 genannt). Vgl. noch Note 11.

[5a] Vgl. l. 2 § 18 D. ne quid in loco publ. 43. 8. Eck S. 62 fg., Fitting S. 325, namentlich Bruns Besitzklagen S. 67 fg. 73 fg. Bruns beruft sich im Besonderen, und gewiß mit Recht, auch auf die Analogie der actio negatoria (vgl. § 198 Note 9). — Kann schon wegen befürchteter Störung geklagt werden, so gewiß wegen wirklicher, von welcher der Störende nicht weiß, oder von welcher er nicht weiß daß sie eine Besitzstörung ist, so daß sie unter den Begriff der vis nicht fällt. Bruns Besitzklagen S. 60 fg. Doch kann in diesem Fall Schadensersatz nicht gefordert werden. Vgl. § 198 Note 5. S. aber auch Bruns S. 57 unt. 58 („die heutige Praxis unterscheidet nicht"). Randa § 7a Note 3. 6. Bestreitung des Besitzes (s. g. Verbalstörung): Seuff. Arch. XVII. 45, XXI. 124, XXIV. 34, XXIV. 213, XXXIV. 93. 237.

[6] L. 1 pr. D. uti poss. 43. 17. „Uti eas aedes, quibus de agitur *nec vi nec clam nec precario* alter ab altero possidetis . .". L. 1 § 5. 9 l. 2. 3 pr. D. eod., l. 17 D. de prec. 43. 26, § 4 I. de interd. 4. 15. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 110. 111, Rudorff Anh. zu Sav. Nr. 140.

[6a] L. 1 pr. D. h. t. Witte S. 150. 151. S. aber auch Savigny § 46 g. E.

[6b] § 4 I. de interd. 4. 15. Witte S. 143. 145; a. M. Köppen Erbrecht § 1 Note 47. Ganz unzweifelhaft ist die Sache nicht, da die Institutionenstelle wenigstens zunächst die hier in Frage stehende Function des Interdicts nicht im Auge hat.

Wenngleich es nach dem Gesagten keine nothwendige Voraussetzung dieses Anspruchs ist, daß derjenige, gegen welchen er erhoben wird, sich selbst den Besitz zuschreibe, so ist dieß doch sehr häufig der Fall, wenigstens bei Grundstücken. Sehr häufig wird hier der in Anspruch Genommene, was der Gegner Störung seines Besitzes nennt, als Ausdruck eigenen Besitzes bezeichnen, und sich demzufolge seinerseits nicht minder über Störung im Besitze beklagen, als der Gegner es thut[8]. In einem solchen Falle ist er im Processe nicht bloß Beklagter, sondern auch Kläger[9], und kann daher nicht bloß eigene Freisprechung, sondern auch Verurtheilung des Gegners erzielen[10]. Streiten

[7] Welches aber utiliter berechnet wird. L. 1 pr. D. uti poss. 43. 17. Im klassischen Recht bezog sich die Verjährung nicht auf den aus der Störung, sondern auf den aus dem prätorischen Verbot erwachsenden Anspruch. Schmidt a. a. O. S. 119, Witte S. 125. 129. 143, Lenel Edictum perpetuum S. 379. Anders Krüger S. 106 fg. So weit der Gegner aus der Störung bereichert ist, verjährt der Anspruch in der gewöhnlichen Zeit (l. 4 D. de interd. 43. 1), und so lange die Störung dauert, verjährt er natürlich gar nicht. Vgl. Seuff. Arch. XIII. 315.

[8] Wegen seiner Gewöhnlichkeit war dieser Fall in der Formel des Interdicts sogleich vorgesehen; das Verbot wurde an beide Parteien gerichtet (l. 1 pr. D. uti poss. 43. 17: „uti eas aedes . . possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto“). D. h. das interdictum uti possidetis (und ebenso das interdictum utrubi) war ein interdictum duplex. Gai. IV. 160. § 7 I. de interd. 4. 15, l. 3 § 2 D. uti poss. 43. 17, l. 37 § 1 D. de O. et A. 44. 7.

[9] In einem solchen Falle. Er kann im interdictum uti possidetis Kläger sein, aber er ist es nicht nothwendig. Das liegt in der Natur der Sache, und ist nicht bloß heutzutage so, sondern war so auch im klassischen römischen Rechte. Das ertheilte Interdict gab dem Beklagten die Möglichkeit, als Kläger aufzutreten, aber auch nur die Möglichkeit; um wirklich Kläger zu sein, mußte er sponsio und actio begehren. Ueber die Ansicht, daß er dieß habe thun müssen, s. Note 5. Vgl. Savigny § 37, Bruns (Recht des Besitzes) S. 53—56, Witte S. 134, namentlich Eck S. 37 fg. 74 fg., jetzt auch Wendt Faustrecht S. 156 fg. Witte regt den Gedanken an („vielleicht“), ob nicht bei der Erklärung des Beklagten, er sei seinerseits der Besitzer, von einem ausdrücklichen Antrag desselben auf Verurtheilung des Klägers abgesehen werden dürfe. — Berufung des Beklagten auf Rechtsbesitz: Bruns S. 55, Witte S. 112 fg. 142—143, Eck S. 32 fg. 55 fg. 79 fg., Krüger S. 104 fg.

[10] Vorausgesetzt natürlich, daß er eigenen Besitz beweist. Savigny (S. 483 [405]) ist der Ansicht, daß er auch schon dann siege, wenn er Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Klägers darthue. Dieß haben Andere (Vangerow

zwei Parteien um den Besitz, ohne sich gegenseitig Störung desselben vorzuwerfen oder Verbot künftiger Störung zu verlangen, so ist die Klage, welche sie gegen einander erheben, keine Klage auf Schutz im Besitze, sondern eine gewöhnliche Feststellungsklage (Präjudicialklage)[11].

I § 336 Nr. I. 4. d, Puchta Inst. II § 225. l, Arndts § 172 Anm. 2, Keller a. a. O. S. 321, Bruns S. 56—61, Seuff. Arch. VII. 41 — dawider Sintenis I § 46 Note 19 und neuerdings auch Bruns Jahrb. des gem. R. IV S. 44—45 —) consequent dahin erweitert, daß auch der nicht besitzende Kläger siegen müsse, wenn er Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Beklagten darthue. Das Eine und das Andere ist haltbar nur auf dem Standpunkt derjenigen, welche neben der iniusta possessio den Besitz des eigenmächtig Entsetzten fortdauern lassen (l. 3 pr. D. uti poss. 13. 17), und dieser Standpunkt ist im römischen Rechte nicht zur Geltung gelangt (§ 152 Note 13). S. Schmidt a. a. O. S. 112—115, Brinz S. 82, Fitting S. 306 fg.; dagegen aber wieder Arndts § 172 Anm. 2, Rudorff Anhang zu Sav. Nr. 137, und namentlich Witte S. 60—87. 89 fg. 131 fg. 136; gegen den letzteren wiederum Schmidt Heidelb. Jahrb. LVI S. 692—693, Dernburg krit. VJSchr. V S. 520 fg., Meischeider S. 88 fg. Für die recuperatorische Wirkung neuerdings Krüger S. 93 fg. 112, Brinz 2. Aufl. I S. 743, Dernburg I S. 425. Gegen Krüger, jedoch nur für das Justinianische Recht, Eck S. 65 fg. (49 fg.). Gegen die recuperatorische Wirkung Wächter II S. 89 fg., Bekker S. 256. 257, Wendt Faustrecht S. 161 fg. (Auch der neu gelesene § 170 des vierten Buches von Gajus beweist nicht die recuperatorische Wirkung des interdictum uti possidetis, sondern nur die des secundarium interdictum.) — Zu beachten ist bei dieser Frage auch der § 156 zu Note 8 mitgetheilte Satz. Vgl. in dieser Beziehung besonders Fitting S. 314 fg.

[11] Aber im römischen Rechte wurde sie ebenfalls durch Anwendung der interdicta retinendae possessionis erledigt. (Darüber, wie man sich dabei mit dem Erforderniß der vis abfand, s. Bruns S. 43 fg., Schmidt a. a. O. S. 54. 55, Witte S. 48. 53—56, Rudorff Anhang zu Sav. Nr. 31, und namentlich Krüger S. 83 fg. und dazu Bruns Besitzklagen S. 31 fg., Münderloh Zeitschr. d. Sav.-Stift. III S. 219 fg. IV S. 61 fg. — es fand eine vis ex conventu statt, Gai. IV. 170.) Ja es wird der Ursprung und sogar das Wesen der interdicta retinendae possessionis darein gesetzt, daß durch sie die Frage, wer Besitzer sei, zum Zweck des Eigenthumsprocesses habe entschieden werden sollen. Gai. IV. 148, § 4 I. interd. 4. 15, l. 1 § 2. 3 D. uti poss. 43. 17. Aber diese Aussprüche sind jedenfalls insofern ungenau, als sie die interdicta retinendae possessionis auf die Vorbereitung des Eigenthumsprocesses beschränken, vgl. Note 1. 5. Rudorff S. 334 und Schmidt S. 187 beziehen die bezeichnete Nachricht auf die, wie sie annehmen, spätere Aufstellung der duplex formula interdicti. Dagegen bleiben Andere

Nach der Praxis wird provisorischer Schutz im Besitze schon demjenigen gewährt, welcher die letzte ruhige Besitzhandlung bescheinigen kann. Dieser Besitzesschutz ist aber eben auch nur ein provisorischer; einer weiteren Verhandlung der Parteien darüber, wer wirklich Besitzer sei, wird dadurch nicht präjudicirt[12].

B. Schutz des Besitzes gegen Entziehung*.

1. Das reine römische Recht.

a. Der Interdictenschutz.

§ 160.

Nach dem auf dem prätorischen Edict beruhenden Recht, wie es sich bis Justinian gestaltet hat, wird der Besitz[1] geschützt

---

dabei stehen, daß die bezeichnete Function der interdicta retinendae possessionis in der That die ursprüngliche gewesen sei. S. namentlich Witte S. 111 (gegen diesen Schmidt Heidelb. Jahrb. a. a. O. S. 689—694, Dernburg a. a. O. S. 517—520), Krüger S. 78 fg., Bekker Aktionen II S. 61 fg. Besitz S. 92 fg., Dernburg Besitz S. 12 fg. Bruns Besitzklagen S. 17 fg. faßt die Sache jetzt so: die Veranlassung zur Aufstellung der interdicta retinendae possessionis war allerdings die Regulirung der Parteirollen im Eigenthumsstreite, aber sie sind über diese Veranlassung hinaus sogleich in voller Allgemeinheit aufgestellt worden. Vgl. dazu Brinz Jen. Literaturzeit. 1874 S. 616 fg., Wendt Faustrecht S. 37 fg. — Wenn man heutzutage noch den reinen Besitzesstreit als interdictum uti possidetis bezeichnet, so hat das in der That gar keinen Sinn. Auch die summarische Cognition des früheren gemeinen Proceßrechts beruhte nicht auf der Interdictsqualität, sondern darauf, daß es sich eben nur um Besitz handelte. Briegleb summ. Proz. S. 510. 511, vgl. Seuff. Arch. IX. 33, XXXII. 302. S. jetzt auch Eck a. a. O. S. 60 fg. — Klage auf Feststellung, wenn der Beklagte sich den Besitz nicht zuschreibt: Eck S. 64 fg.

[12] Die Verhandlung über die Gewährung dieses provisorischen Schutzes nannte man früher possessorium summarium oder summariissimum, im Gegensatz zum possessorium ordinarium. Vgl. über die geschichtliche Entwicklung Bruns S. 182 fg. 260 fg. 375 fg. 397 fg., Meischeider S. 142 fg. 161 fg. Jetzt bestimmt sich das Verfahren nach CPO. § 815 fg. Vgl. § 814. 819 das. und Einführungsges. § 16 Ziff. 4. Mandry S. 368. Daß bereits ein Proceß bestehe, setzt dieser provisorische Schutz nicht voraus. Entscheid. d. RG. IV S. 405 fg. (= Seuff. Arch XXXVIII. 295). — Ueber einen anderen Sinn, in welchem der Ausdruck possessorium ordinarium vorkommt, s. u. § 162 Note 5.

* Es erscheint zweckmäßig, bei dieser Lehre von der in diesem Lehrbuch

gegen Entziehung durch Gewalt und durch Mißbrauch des Vertrauens[2].

sonst festgehaltenen Methode abzuweichen und die Darstellung historisch zu halten. — Vgl. zum Folgenden außer den im Einzelnen Citirten noch Pagenstecher röm. Lehre vom Eigenthum III S. 233 fg.

[1] Natürlich nur der juristische Besitz. Für die gewaltsame Besitzentziehung ist dieß bestritten worden (namentlich von Thibaut Arch. f. civ. Pr. XVIII S. 361 fg. XXIII S. 173 fg., Sintenis I § 42 Note 24); s. dagegen Savigny S. 175 fg. (155 fg.), Bruns S. 62—66, Vangerow I § 199 Nr. 2. c. — Für einen ganz speciellen Fall hat in l. 11 C. unde vi 8. 4 Justinian den Nichtbesitzer, dessen Grundstück occupirt worden ist, dem Besitzer gleichgestellt. Es ist der Fall, wo der Besitz in Folge von Abwesenheit verloren worden ist (§ 156 Note 7). Savigny S. 569—572 (468—470). Jedoch ist es nicht unbestritten, daß die Stelle Verlust des Besitzes annimmt. Vgl. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII S. 280 fg., Jhering S. 99 (120) fg., Bruns Besitzklagen S. 120 fg., Meischeider S. 463 fg., Bekker S. 268 fg., Piniński (§ 153 Note 2) S. 205 fg., welche Schriftsteller übrigens im Einzelnen wieder unter sich abweichen. Die Sache ist nicht unzweifelhaft. Doch legt ein überwiegendes Gewicht für die hier festgehaltene Meinung in die Wagschale der Ausdruck „vacua possessio", s. l. 37 § 1 l. 4 § 22. 27 [28] D. de usurp. 41. 3. Bruns a. a. O. S. 131 (ebenso Piniński a. a. O.) interpretirt: vacua possessio = Besitz, welcher durch fremde Occupation ohne Kenntniß des Besitzers verloren wird; ich halte diese Auslegung für unmöglich. Bei der Auslegung aber, wonach unter vacua possessio ein nicht ausgeübter Besitz zu verstehen sein soll, bleibt unerklärt, warum Justinian nur für absentes verfügt. Gegen Bruns gilt zwar dieses Argument nicht, da er die Stelle ausschließlich auf den Fall bezieht, wo der Vertreter eines Abwesenden den Besitz verlassen, und die Sache dann von einem Dritten ohne Kenntniß des Vertretenen occupirt worden sei. Aber es ist auch die Frage, ob in diesem Fall für eine Klage auf Wiedererlangung des Besitzes Raum ist. Vgl. § 157 Note 4. Von der andern Seite beruft man sich auf die Worte: „violentia in ablatam possessionem minime praecedente". Ich erkläre: da zwar der Besitz verloren worden ist, aber ohne Gewalt — so daß die Negation der violentia nicht auf die Occupation, sondern auf den früher eingetretenen Besitzverlust bezogen wird. Vgl. noch Brinz 2. Aufl. I S. 748. § 160.

[2] Es gibt eine dritte Form eigenmächtiger Besitzentziehung, Inbesitznahme der Sache hinter dem Rücken des Besitzers (clam); wie verhält es sich hier mit dem Besitzesschutz? Für bewegliche Sachen gewährte das interdictum utrubi Hülfe, welches gegenwärtigen Besitz nicht voraussetzte, und bei welchem dem Gegner sein heimlich erlangter Besitz nicht angerechnet wurde, so daß der frühere Besitzer, wenn er nur kein volles Jahr nach der Besitzentziehung verstreichen ließ, immer noch sagen konnte, er habe im letzten Jahre länger besessen als sein Gegner. Durch die im Justinianischen Rechte erfolgte Gleichstellung des interdictum utrubi mit dem interdictum uti possidetis ist hier

1. Entziehung durch Gewalt[3]. Ob die Sache beweglich oder unbeweglich ist, macht keinen Unterschied[4]. Gewaltsame Besitzent-

eine (übrigens großentheils durch die condictio possessionis [§ 161] ausgefüllte) Lücke entstanden. Für unbewegliche Sachen ist ein interdictum de clandestina possessione auch im neuesten Rechte kein Bedürfniß, da durch heimliche Occupation eines Grundstücks der Besitz nicht verloren wird, sondern nur, nachdem der Besitzer davon erfahren, entweder vi oder durch den Entschluß des Besitzers (§ 156 Note 8 und Note 6 a. E. in diesem §). Wenn nichtsdestoweniger in ganz vereinzelter Weise ein interdictum de clandestina possessione erwähnt wird (l. 7 § 5 D. comm. div. 10. 3, vgl. auch Cic. in Rullum III. 3 § 11), so erklärt sich das wohl daraus, das der erwähnte Satz wahrscheinlich nicht zu allen Zeiten gegolten hat. Savigny § 41, vgl. auch Schirmer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI S. 401 und Zeitschr. f. d. deutsche Gesetzgebung VIII S. 609 f. Doch haben sich gegen die Annahme eines interdictum de clandestina possessione auch für die frühere Zeit ausgesprochen H. Witte interd. uti possidetis S. 45. 72 und Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 97 fg. Gegen Witte Rudorff Anhang zu Sav. Nr. 156.

[3] Interdictum unde vi. Dig. 43. 16 de vi et de vi armata, Cod. 8. 4 unde vi.

[4] Zwar das interdictum unde vi bezog sich auf bewegliche Sachen nicht. L. 1. § 3—8 D. h. t. Aber die Lücke wurde auch hier im vorjustinianischen Rechte durch das interdictum utrubi ausgefüllt und ist im Justinianischen Rechte ausgefüllt durch das Selbsthülfegesetz vom Jahre 389 (l. 7 C. h. t.) Zwar ist die Meinung Savigny's (S. 527 [437] fg.), daß durch dieses Gesetz geradezu das interdictum unde vi auf bewegliche Sachen erstreckt worden sei, nicht haltbar (§ 6 I. de interd. 4. 15); aber ebensowenig läßt sich die Meinung derjenigen billigen (Thibaut Arch. f. civ. Pr. I S. 105 fg., Puchta § 135. a, Bruns S. 74—76 und Besitzklagen S. 177—178, Vangerow III § 690 Anm. 2, Jhering S. 136 fg. [2. Ausg.]), welche annehmen, daß durch l. 7 cit. ein neues Klagerecht überhaupt nicht eingeführt worden sei. Das Gesetz stellt nicht bloß die gewaltsame Wegnahme von Sachen unter Strafe, sondern gebietet auch ausdrücklich die Rückgabe des Weggenommenen, und wenn weiter gefragt wird, nach welchen Grundsätzen im Einzelnen dieser durch l. 7 cit. eingeführte Rückgabeanspruch zu beurtheilen sei, so glaube ich, daß man nicht zu weit geht, wenn man den Satz aufstellt, daß im Sinne des Gesetzgebers die Regeln des interd. unde vi zur Anwendung gebracht werden müssen. Man könnte zwar sagen, das Gesetz beziehe sich eben nur auf gewaltsame Wegnahme zum Zweck der Selbsthülfe, nicht auf gewaltsame Wegnahme als solche. Aber auch abgesehen davon, daß der Wortlaut des Gesetzes zu dieser Beschränkung nicht nöthig, es sagt nur es solle nicht „ante eventum iudicialis arbitrii" weggenommen werden", so kann doch unmöglich derjenige, welcher eine Gewaltthat übt, ohne das materielle Recht für sich in Anspruch zu nehmen, milder beurtheilt werden, als derjenige,

ziehung ist Besitzentziehung durch Geltendmachung physischer Kräfte[5]. Daß es dabei zum Conflicte und zu wirklicher Ueberwältigung des Besitzers gekommen sei, ist nicht nothwendig; wer sich vor der Entfaltung physischer Kräfte ohne Kampf zurückzieht, ist nicht weniger mit Gewalt verdrängt[6]. Anders wenn Jemand sich durch

---

welcher behauptet, daß das materielle Recht für ihn sei. S. auch Brinz 1. Aufl. S. 86 und 2. Aufl. I S. 746, Rudorff Anhang zu Sav. Nr. 152, Schmitt die Selbsthülfe im römischen Privatrecht (1868) S. 159 fg., Bekker S. 262 fg.

[5] Beim interdictum uti possidetis ist vis jedes Handeln gegen den Willen des Besitzers (§ 159 Note 4), beim interdictum quod vi aut clam jedes Handeln gegen Widerspruch (l. 1 § 5—7 D. quod vi aut clam 43. 24). Eine solche vis genügt zur Begründung des interdictum unde vi nicht. Hier ist vis „atrox" erforderlich (l. 1 § 3 cf. § 43 D. h. t.), mit welchem Ausdrucke eben der Gegensatz zu jener andern Art der vis, nicht etwa eine besonders schwere Gewaltthätigkeit bezeichnet werden soll (vgl. l. 11 § 7 D. quod vi aut clam 43. 24, Cic. pro Caec. c. 16). S. aber auch Bruns S. 71. 72. Seuff. Arch. XXVI. 10. 105. — Jhering S. 85 (104) fg. sucht mit Energie eine ältere, früher namentlich von Cujacius vertheidigte Ansicht wieder geltend zu machen, wonach durch die nachconstantinische Gesetzgebung das interd. unde vi (unter der neuen Bezeichnung interdictum oder actio momenti oder momentariae possessionis) auf jede Besitzentziehung gegen oder ohne Willen des Besitzers soll erstreckt worden sein. Auch hier (vgl. Note 1) wird Möglichkeit des Zweifels zugestanden werden müssen; aber auch hier scheinen mir die Gründe gegen die herrschende Meinung nicht entscheidend. Was l. 12 C. de acq. poss. 7. 32 und l. 11 C. h. t. angeht, s. § 157 Note 4 und oben Note 1. Daß die Aufnahme von l. 5 C. h. t. in den Titel unde vi die Beziehung auf das interd. unde vi nicht nöthig macht, zeigt l. 1 eod. Was Jhering außerdem vorbringt, scheint mir verhältnißmäßig geringeres Gewicht zu haben. Und nun die bestimmte Wiederholung des alten Rechtes in § 6 I. de interd. 4. 15! S. gegen Jhering jetzt auch die ausführliche Widerlegung von Bruns Besitzklagen S. 84—134. Vgl. noch Fitting Zeitschr. f. RGesch. XI S. 433. 434, Brinz 2. Aufl. I S. 749 und Jen. Literaturzeitung 1874 S. 617, Lang Württ. Sachenrecht § 11 Note 11, Bekker S. 261. 354, Piniński S. 211 fg.

[6] Auch das ist nicht erforderlich, daß der Besitzer die unmittelbare Nähe der Verdrängungsgewalt abgewartet habe. Ebenso wenig ist nothwendig eigene Inbesitznahme des Verdrängenden, obgleich durch dieselbe am unzweifelhaftesten constatirt wird, was unter allen Umständen erforderlich ist, daß die physischen Kräfte, vor denen der Besitzer sich zurückgezogen hat, zum Zwecke seiner Verdrängung entfaltet worden seien. Paul. sent. V. 6 § 4, l. 1 § 29 l. 3 § 6. 7 D. h. t., l. 9 pr. D. quod met. causa 4. 2, l. 33 § 2 D. de usurp. 41. 3. Vgl. aber auch Bruns S. 69. 70, Vangerow I

gedrohte Gewalt zu dem Entschlüsse bestimmen läßt, seinen Besitz zu übertragen; der unmittelbare Grund seines Besitzesverlustes ist hier eben die Uebertragung, und nicht die Gewalt[7]. Ob die Verdrängung durch die eigenen Kräfte des Verdrängenden geschieht oder mit Benützung der Kräfte Anderer, ist gleichgültig[8], wie es andererseits auch gleichgültig ist, ob die Verdrängung in eigenem Namen geschieht oder in fremdem[9]. — Aus der gewaltsamen Besitzentziehung erwächst für den Verdrängten gegen den Verdrängenden ein Anspruch auf Rückerstattung des entzogenen Besitzes und Leistung des vollen Interesse[10]; der Anspruch dauert

§ 207 Anm. 2. Uebrigens ist der aufgestellte Satz im römischen Recht nicht von jeher in diesem Umfange anerkannt gewesen, vgl. l. 1 § 29 D. h. t., l. 9 pr. D. quod met. causa 4. 2. — Der Satz gilt für alle Fälle der Verdrängung, also auch für den Fall, wo das Grundstück zuerst hinter dem Rücken des Besitzers occupirt worden ist. Auch in diesem Falle ist also weder ein Conflict des Besitzers mit dem Verdrängenden nothwendig, noch auch nur, daß der Besitzer sich an Ort und Stelle verfüge, um dadurch die Möglichkeit eines gegen ihn persönlich gerichteten Widerstandes herbeizuführen. A. M. in dieser letzten Beziehung Jhering S. 102 (122) fg.; gegen denselben Bruns Besitzklagen S. 123 fg. 149 fg., welcher ausführt, daß eine an den Verdrängenden gerichtete Aufforderung, den Besitz zu verlassen, genügend sei. Von dem genannten Fall handeln l. 1 § 24 l. 3 § 8. 14 D. h. t., l. 6 § 1 l. 25 § 2 D. de A. v. A. P. 41. 2, s. auch l. 18 § 3 D. eod., l. 18 D. h. t. L. 25 § 2 cit. enthält entweder eine historische Notiz, oder ist in der von Bruns a. a. O. S. 127 bezeichneten Weise zu erklären. Seuff. Arch. XXXIII. 196.

[7] L. 5 D. h. t.

[8] L. 1 § 12—15 l. 3 § 10—12 D. eod.

[9] L. 1 § 13 eod.

[10] Ob der Verdrängende den Besitz seinerseits hat oder nicht, ob er ihn überhaupt bekommen hat, und wenn er ihn bekommen hat und nicht mehr hat, in welcher Weise er ihn verloren hat, ist gleichgültig. L. 1 § 13. 42 l. 15. 16 D. h. t., l. 4 § 22 l. 33 § 2 D. de usurp. 41. 3. (Ueber l. 16 cit. s. Savigny S. 535 Note 2 [443 Note 1], aber auch Rudorff Anhang Ziff. 153). Zur Leistung des Interesse gehört namentlich auch der Ersatz für die durch die Besitzentziehung verlorenen oder beschädigten Sachen, und die dadurch entzogenen Früchte. L. 1 § 31—38. 40. 41 l. 6. 19 D. h. t., l. 4 C. h. t. Die durch das römische Recht dem Kläger ertheilte Befugniß, die Höhe des Interesse durch seinen Eid zu beweisen (s. g. iuramentum Zenonianum vgl Savigny S. 539 Note 1 [446 Note 1], Vangerow I § 171 Anm. Nr. 4, Bayer Vorträge § 274, Wetzell Civilproceß § 28 Nr. 1 a. E., Sintenis II § 86 Anm. 50), ist durch die Reichscivilprozeßord-

jedoch in dieser Strenge nur ein Jahr, nach dieser Zeit haftet der Verdrängende bloß auf das, was er noch hat[11]. Seine Erben haften von vornherein nur in dieser milderen Weise[12], und in gleicher Weise haftet derjenige, in dessen Namen die Verdrängung vorgenommen worden ist, ohne daß er Auftrag zu derselben gegeben oder sie genehmigt hat[13]. Abgesehen von diesem Falle haftet der dritte Besitzer nicht[14]. — Die Einrede, daß der Kläger seinerseits durch Eigenmacht den Besitz von dem Beklagten erlangt habe, steht diesem Anspruch nicht entgegen[15].

2. Gegen Entziehung durch Mißbrauch des Vertrauens wird der Besitz geschützt in dem Fall, wo eine Sache einem Andern vergünstigungsweise, d. h. zwar in seinem Interesse, aber auf willkürlichen Widerruf, hingegeben worden ist[16]. Der Hingebende kann die Sache zurückfordern bloß auf Grund davon, daß der Empfänger an die Sache gelangt ist wie geschehen[17], ohne sich auf das ihm

---

nung aufgehoben worden, s. § 133 Note 14. 15. — Unterschied zwischen Besitzeswerth und Sachwerth: einerseits l. 3 § 11 D. uti poss. 43. 17, allenfalls auch l. 6 D. h. t., andererseits l. 1 § 35. 40. 41 D. h. t., l. 4 C. h. t., l. 8 § 4. 5 D. de prec. 43. 26. Mommsen Beiträge II S. 246. 247, Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. II S. 560, Bruns Besitzklagen S. 189—198, Brinz 2. Aufl. I S. 446 fg. und Jenaische Literaturzeitung 1874 S. 619, Randa § 3 Note 20a.

[11] Das Jahr wird auch hier utiliter berechnet, l. 1 pr. § 39 D. h. t., l. 3 § 1 eod., l. 2 C. h. t., — Ausnahme von der Verjährung: l. 1 C. si per vim 8. 5.

[12] L. 1 § 48 l. 2. 3 pr. § 1 l. 9 pr. D. h. t., l. 2 C. h. t.

[13] L. 1 § 15 l. 4. D. h. t.

[14] L. 7 D. h. t., l. 3 § 10 D. uti poss. 43. 17. Vgl. Bekker § 251 Note 6.

[15] § 6 I. de interd. 4. 15. Früher galt die Einrede nur gegenüber der vis armata nicht. Savigny S. 540—543 (446—450). Seuff. Arch. XXXIV. 274.

[16] Dieß ist der Begriff dessen, was die Quellen precarium nennen. Vgl. II § 376.

[17] Der Prätor gab ihm zu diesem Ende das interdictum de precario. Dig. 43. 26 de precario, Cod. 8. 9 de precario et Salviano interdicto. — Mit dem interdictum de precario verhält es sich doch nicht ganz gleich, wie mit dem interdictum unde vi. Das interdictum de precario wird nicht erst begründet durch die Verweigerung der Rückgabe, sondern ist begründet sofort durch das „habere precario“. Das interdictum unde vi hat seinen Grund in der fehlerhaften Art und Weise, wie der jetzige Besitzer den Besitz

von dem Empfänger geleistete Restitutionsversprechen berufen zu müssen, obgleich ihm auch dieß freisteht[18]. Der Anspruch geht auf das, was der Empfänger noch hat — auf Leistung des In-

erlangt hat; das interdictum de precario hat seinen Grund in einem Vorgange, welcher als solcher ganz fehlerlos ist. Daß dieß wirklich die Auffassung des römischen Rechts ist, wird unwiderleglich bewiesen durch l. 8 § 7 D. h. t. Aber das interd. de precario hat jedenfalls zum Resultat, daß der Besitz gegen eine gewisse Art der Entziehung geschützt wird. Jhering (S. 97 fg. der 2. Aufl.) und Bruns Besitzklagen S. 180 fg. (s. auch dens. Besitz S. 62) sprechen dem interd. de precario die Natur eines interd. recuperandae possessionis ganz ab. Jhering beruft sich namentlich auf l. 18 D. h. t., wonach der Eigenthümer seine Sache precario geben kann „quamvis non possideat". Aber wer precario nimmt, macht eben dadurch denjenigen, von welchem er nimmt, zum Besitzer, und deßwegen nicht weniger, weil er im gegebenen Fall selbst den Interdictenschutz genießt (vgl. § 154 Note 4) — oder sollte der Empfänger, auch wenn er sich mit Gewalt gegen den Verleiher vertheidigt, nur mit dem interd. de precario haften? Bruns macht geltend, daß auch der natürliche Besitzer precario geben könne, und dann das interd. de precario habe. Ich will das nicht leugnen, obgleich ein unmittelbares Quellenzeugniß dafür nicht vorliegt: aber wenn das interd. de precario auch den natürlichen Besitz schützt, schützt es deßwegen nicht den juristischen? Der Grund des interd. de precario ist die Verrückung der räumlichen Verhältnisse, die sich vollzogen hat wie geschehen. Bruns sieht den Grund in der vom Empfänger übernommenen Obligation, die vor der civilen Anerkennung interdictsmäßig wirksam gemacht worden sei. Das ist nicht richtig; nicht derjenige haftet, qui precario rogavit, sondern qui precario habet. L. 4 § 2 l. 6 § 2 D. h. t. Daß der Empfänger sich auf sein Eigenthum berufen kann, ist kein Grund gegen die possessorische Natur des Interdicts. Eigenthum schließt eben das precario habere aus. S. Note 20. Für die herrschende Meinung auch Brinz 2. Aufl. § 184 und Zeitschr. f. Literaturzeit. 1874 S. 618, Randa § 7a Note 32 fg.; gegen dieselbe Pernice Zeitschr. f. Handelsr. XX S. 636, Dankwardt Jahrb. f. Dogm. XIV S. 308 fg., Ubbelohde Arch. f. civ. Pr. LIX S. 222. Vgl. noch Meischeider S. 468 fg., Bekker S. 122—139. 284.

[18] Wer etwas als Precarium empfängt; verspricht, indem er es als solches hinnimmt, die Rückgabe (vgl. l. 1 § 2 D. h. t.). Aber aus dem damit abgeschlossenen Vertrag gewährte das römische Recht ursprünglich eine actio nicht, und dieß war eben der Grund, weßwegen der Prätor das interdictum de precario aufstellte (l. 14 D. h. t., l. 14 § 11 D. de furtis. 47. 2). Durch die spätere Einführung der actio praescriptis verbis, oder deren Anwendung auf das Precarium (l. 2 § 2 l. 19 § 2 D. h. t, Paul. sentent. V. 6 § 10, vgl. auch l. 23 D. de R. I. 50. 17), ist das Interdict überflüssig gemacht, aber nicht verdrängt worden (obgleich es nach l. 15 § 3 D. h. t. durch Stipulation allerdings ausgeschlossen wurde).

teresse für das, was er nicht mehr hat, nur insofern, als er es durch Arglist oder grobe Fahrlässigkeit verloren hat[19]. Eine Einrede aus fehlerhaftem Besitz kann diesem Anspruch nicht entgegengesetzt werden. Dagegen kann der Empfänger sich gegen denselben mit Berufung auf sein Eigenthumsrecht vertheidigen, wenn ihm die Sache als fremde, nicht als eigene, hingegeben worden ist[20]. Die Verjährung des Anspruchs ist die gewöhnliche dreißigjährige[21]. Der Erbe haftet im Uebrigen wie der Erblasser, aus der Verschuldung des Erblassers aber bloß auf das, was er noch hat[22].

b. Der Condictionenschutz.

§ 161.

Wiedererstattung entzogenen Besitzes kann auch auf Grund des civilrechtlichen Satzes begehrt werden, daß zurückgefordert werden kann, was aus einem Vermögen in das andere ohne rechtfertigenden Grund gekommen ist[1] (§ 148). Diesen Satz hat das römische Recht auf den Besitz erstreckt[2], welcher, wenngleich kein Recht,

[19] L. 2 pr. D. h. t. „Ait praetor: quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas". Dem dolus steht auch hier die lata culpa gleich. L. 8 § 3. 5. 6 D. h. t., l. 23 D. de R. I. 50. 17. Vgl. l. 8 § 4 D. h. t.

[20] Denn „receptum est, rei suae precarium non esse", l. 4 § 3 D. h. t., l. 15 D. dep. 16. 3, l. 45 pr. D. de R. I. 50. 17; l. 6 § 4 D. h. t. Das will sagen: wer eine Sache als fremde precario nimmt, nimmt sie precario unter der Bedingung, daß sie eine fremde ist.

[21] L. 8 § 7 D. h. t.

[22] L. 8 § ult. D. h. t., l. 2 C. h. t. — Bei den römischen Juristen war es übrigens bestritten, ob man vom Erben sagen könne, daß er precario habe. Paul. sentent. V. 6 § 12, l. 12 § 1 D. h. t., l. 11 D. de div. temp. praescr. 44. 3. Savigny S. 560 (462), Schmidt Interd. S. 164. 165, Ubbelohde a. a. O. S. 238 fg.; abweichend Vangerow III § 691 Nr. V. 2, Dankwardt a. a. O. S. 309. Vgl. Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock VII Nr. 43 (= Seuff. Arch. XXXIII. 16).

[1] L. 1 § 3 D. de cond. sine causa 12. 7. „Constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit, vel redit ad non iustam causam". L. 6 D. de cond. ob turpem causam 12. 5. S. II § 421 fg. § 161.

[2] Für heimliche und gewaltsame Besitzentziehung: l. 2 D. de cond trit. 13. 3, l. 25 pr. § 1 D. de furtis 47. 2; für Besitzverlust durch Veruntreuung: l. 19 § 2 D. de prec. 43. 26 (Note 4); für sonstigen Besitzverlust wider

doch eine Stellung von Werth ist, durch die Möglichkeit factischen Genusses und durch die Aussicht auf Behalten, wenn von anderer Seite kein Recht auf den Besitz bewiesen wird. Doch tritt diese Seite des Schutzes des Besitzes in den Quellen den Bestimmungen des prätorischen Edicts gegenüber entschieden in den Hintergrund[3].

Der Anspruch, welcher aus dem bezeichneten Satze erwächst, ist in allen Fällen begründet, wo Jemandem sein Besitz wider oder ohne seinen Willen entzogen worden ist, vorausgesetzt daß nicht ein besonderer rechtfertigender Grund für die Besitzergreifung des gegenwärtigen Besitzers vorliegt[4]. Er ist also begründet nicht bloß im Falle der gewaltsamen, sondern auch im Fall der heimlichen Besitzentziehung[5]; ferner in allen Fällen der Verbringung durch den Detentor, und zwar nicht bloß gegen diesen selbst, wenn er sich selbst den Besitz aneignet[6], sondern auch gegen denjenigen, an welchen der Detentor den Besitz gebracht hat[7]; ebenso gegen

---

Willen des Besitzers: l. 4 § 2 D. de R. C. 12. 1; für Besitzverlust mit dem Willen des Besitzers: l. 15 § 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 31 § 1 i. f. D. dep. 16. 3, l. 46 l. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 9 pr. l. 21 § 2 D. quod met. causa 4. 2; für Besitzverlust durch Verjährung, wenn ein Grund zur Wiedereinsetzung vorhanden ist: l. 23 § 2 D. ex quib. caus. mai. 4. 6. Vgl. II § 421 Note 7.

[3] Daraus erklärt es sich, daß diese Seite des Besitzesschutzes in der neueren Zeit wenig beachtet und z. B. in dem Savigny'schen Buche ganz übergangen worden ist. Es ist das Verdienst von Bruns (S. 27—33), sie wieder hervorgezogen zu haben. Rudorff Anh. zu Sav. Ziff. 161. Vgl. noch Bekker krit. VJSchr. XVIII S. 28 fg.

[4] Vgl. II § 422 Note 3.

[5] Hier hatte der Interdictenschutz bei beweglichen Sachen seit dem Wegfall des interdictum utrubi in seiner alten Gestalt eine Lücke (§ 160 Note 2). Bei unbeweglichen Sachen gewährt hier die condictio possessionis Hülfe, auch wenn man weder interdictum uti possidetis (§ 156 g. E.) noch interdictum unde vi (§ 160 Note 6 a. E.) für begründet hält.

[6] Er ist also begründet nicht bloß gegen denjenigen, welcher precario empfangen hat, sondern auch gegen den Depositar, Leiher, Miether ꝛc. Vgl. l. 19 § 2 D. de prec. 43. 26 („cum quid precario rogatum . . est, uti possumus . . incerti condictione"), wo die incerti condictio von einer condictio rei nicht verstanden werden kann. Auch l. 13 § 1 D. dep. 13. 3 (— „competit etiam condictio depositae rei nomine") drückt sich ganz allgemein aus, während l. 4 § 1 D. de R. C. 12. 1 (— „res pignori data pecunia soluta condici potest") unmittelbar nur für die condictio rei beweist.

[7] Vgl. § 157 Note 4.

denjenigen, an den der Besitz in Folge eines Irrthums, oder durch die Einwirkung einer Naturgewalt, oder durch die eigene Bewegungskraft der Sache gelangt ist[8]. Gerichtet ist der Anspruch gegen denjenigen, welcher sich den fremden Besitz wissend, daß ihm kein Recht zum Besitze zustehe, angeeignet hat, auf Leistung des vollen Interesse[9]; abgesehen von diesem Fall haftet der Entziehende nur auf Herausgabe dessen, was er hat oder durch seine Schuld verloren hat[10]. Eine Einrede fehlerhaften Besitzes ist gegen diesen Anspruch nicht begründet[11]; dagegen kann sich

[8] Es wird eine Sache irrthümlich bei einem Andern abgegeben, als bei demjenigen, für welchen sie bestimmt ist. Seuff. Arch. XXXIV. 45. Es wird eine Sache weggeschwemmt. Ein Thier läuft oder fliegt Jemandem zu. Man kann übrigens in diesen Fällen auch von heimlicher Besitzergreifung reden. Nicht gehört hierher der Fall, wo Jemand eine verlorene Sache sich aneignet; denn ist die Sache wirklich verloren, so ist sie eben dadurch dem Besitz entzogen, während in den oben genannten Fällen die Ortsveränderung an sich die Möglichkeit der Wiederherstellung des unmittelbaren Gewaltverhältnisses zur Sache noch nicht ausschließt. So auch Bruns Besitzklagen S. 256, s. aber auch Wächter II S. 100. Vgl. im Allgemeinen Jhering S. 83 (102) fg. 105 (125) fg. (dazu aber auch § 160 Note 5).

[9] In diesem Falle ist bei beweglichen Sachen ein furtum vorhanden (II § 452), und s. l. 3 D. de cond. furt. 13. 1, l. 7 § 2 l. 8 pr. § 1 l. 10 pr. i. f. eod. (vgl. damit l. 1 § 31. 41 l. 6 D. de vi 43. 16, l. 1 § 34. 42 l. 19 eod., l. 4 C. unde vi 8. 4). Vgl. II § 425. Was Grundstücke angeht, so ist für den Fall gewaltsamer Besitzentsetzung eine condictio nach Analogie der condictio furtiva ausdrücklich anerkannt (l. 1 § 1 l. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 § 1 D. de furt. 47. 2), und eine andere als gewaltsame Besitzentziehung gibt es bei Grundstücken nicht (§ 160 Note 9, § 157 Note 4. 6). Freilich ist dieses Letztere nicht allgemein anerkannt (s. die citirten Stellen), und für die in dieser Beziehung abweichenden Ansichten ist denn auch das im Texte Gesagte zu modificiren. — Principiell abweichend Bruns S. 55 und nach ihm die erste Auflage; übereinstimmend jetzt Bruns Besitzklagen S. 202.

[10] S. II § 424 Note 3. Vgl. Pfersche Bereicherungs-Klagen S. 66 fg.

[11] a) Nicht die Einrede, daß der Kläger den Besitz fehlerhaft vom Beklagten erlangt habe. A. M. früher Bruns S. 32 mit Berufung auf den hier nicht gebilligten Satz (§ 159 Note 10), daß der unrechtmäßig Verdrängte Sieger im interdictum uti possidetis sei; übereinstimmend Besitzkl. S. 208. Rudorff Anhang zu Sav. S. 712. 713 denkt an die exceptio doli aus der Gegenforderung; aber l. 14 § 2 C. de compens. 4. 31 spricht ohne Beschränkung. Bruns Besitzklagen S. 207 fg. verweist auf die Strafe der Selbsthülfe. S. auch Meischeider S. 76. b) Noch weniger kann sich der Beklagte darauf berufen, daß der Kläger den Besitz fehlerhaft von einem Dritten erlangt habe. A. M. Jhering S. 117 (138), welcher die condictio

der Beklagte darauf berufen, daß ihm ein Recht zu besitzen zustehe[12]. Die Verjährung des Anspruchs ist die gewöhnliche dreißigjährige. Die Erben haften wie der Erblasser[13].

2. Nachrömische Fortbildungen.

§. 162.

Nach der Bestimmung des canonischen Rechts geht der Anspruch aus eigenmächtiger Besitzentziehung nicht bloß gegen den Entziehenden selbst, sondern auch gegen alle Dritte, welche von dem Entziehenden in Kenntniß der Eigenmacht den Besitz erlangt haben[1]. Außerdem haften auf Grund des canonischen Rechts die Erben, auch wo der in § 161 bezeichnete Anspruch nicht Platz greift, jedenfalls bis zum Belange der Erbschaft[2].

Das canonische Recht hat ferner dem eigenmächtig aus dem Besitz Verdrängten die Befugniß gegeben, bis zur erfolgten Wiederherstellung des früheren Zustandes jeden Anspruch des Verdrängenden abzuweisen; jedoch muß er die Eigenmacht binnen 15 Tagen darthun[3].

---

possessionis jedem improbus possessor abspricht, unter Berufung auf l. 12 § 1 l. 77 [76] § 1 D. de furtis 47. 2. S. dagegen Bruns S. 30 fg. Besitzklagen S. 208, Meischeider S. 76 unt.

[12] Es liegt aber in dieser Berufung nicht sowohl eine Einrede als die Leugnung der Begründetheit des klägerischen Anspruchs. Wenn der Beklagte ein Recht zu besitzen hat, so ist die Veränderung, welche in der Vermögenslage der Parteien eingetreten ist, keine ungerechtfertigte, sie ist nicht sine causa. A. M. Bruns S. 30, Rudorff S. 712; dagegen Jhering S. 117 (138); hinwieder Bruns Besitzklagen S. 203 fg. Wie hier Meischeider S. 74. 75. Pfersche a. a. O. S. 64 fg. 71 will nur liquide petitorische Einreden zulassen.

[13] Auch bei der condictio furtiva. S. II § 359 Note 18. § 425 Note 4.

§ 162. [1] C. 18 X. de rest. spol. 2. 13 (Innocent. III. a. 1216). Bruns S. 177—181. Besitzklagen S. 216—221.

[2] Nach der im canonischen Recht für die Delictsansprüche anerkannten Regel: „heredes iuxta facultates suas condigne satisfaciant“ (c. 5 X. de raptor. 5. 17), was aber die Praxis von jeher in der im Text bezeichneten Weise verstanden hat. S. II § 359 Note 16.

[3] Exceptio spolii. C. 1 de rest. spol. in VI° 2. 5 (Innocent. IV. a. 1215). Bruns § 16—23. Seuff. Arch. XXXIII. 105. 106. Daß die exceptio spolii durch die CPO. nicht beseitigt worden sei, ist anerkannt in Entscheid. des RG. VII S. 382 (Seuff. Arch. XXXVII. 291).

§ 162a.

Die im Mittelalter in Italien ausgebildete, in Deutschland recipirte Doctrin war bestrebt, den Besitzesschutz noch mehr zu erweitern. In ihrer höchsten Ausbildung ging diese Lehre dahin, daß ein Anspruch begründet sei:

1) in allen Fällen, wo der Besitz unfreiwillig, wenn auch nicht durch fremde Eigenmacht, verloren worden sei;

2) nicht bloß für den juristischen Besitzer, sondern auch für den Inhaber;

3) gegen jeden dritten Inhaber der Sache;

4) es solle der Kläger nicht zu beweisen brauchen, daß er den Besitz unfreiwillig verloren habe, sondern der Beklagte beweisen müssen, daß der Verlust in einer denselben rechtfertigenden Weise eingetreten sei;

5) dieser Anspruch solle in gleicher Weise bei beweglichen wie bei unbeweglichen Sachen gelten, und

6) nur der gewöhnlichen dreißigjährigen Verjährung unterliegen.

In seiner historischen Entwickelung weist dieser exorbitante Besitzesschutz auf zwei verschiedene Wurzeln zurück, und erscheint demnach (in Deutschland) theils als Spolienklage[1], theils als s. g.

---

[1] Die Spolienklage ist aus derselben Quelle hergeleitet worden, aus welcher auch die später gesetzlich anerkannte exceptio spolii geflossen ist, nämlich aus dem von Pseudo-Isidor aufgestellten, in Gratian's Decret aufgenommenen Satz, daß ihrer Diöcese oder ihres Vermögens beraubte Bischöfe vor der Restitution von jeder Criminalklage frei seien. Hauptstelle in Gratian's Decret ist der berühmte canon *Redintegranda* (c. 3 C. 3 qu. 1). „Redintegranda sunt omnia exspoliatis vel eiectis episcopis praesentialiter ordinatione pontificum, et in eo loco, unde abscesserant, funditus revocanda, quacunque condicione temporis, aut captivitate, aut dolo, aut violentia malorum, et per quascunque iniustas causas res ecclesiae vel proprias id est suas substantias perdidisse noscuntur, [ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem eorum]. Die eingeklammerten Worte fehlen bei Gratian, und sind erst von den römischen Correctoren des Decrets wieder hinzugefügt worden. Das auf diese Stelle gegründete Klagerecht (condictio ex canone [Redintegranda]) ging mit der italienischen Theorie nach Deutschland über, und nahm hier seit dem Ende des 17. Jahrhunderts den Namen actio spolii an. S. über das Nähere der Entwicklung Bruns § 27 (vgl. § 21—23). 32. 44 (S. 373—375). 45 § 162a.

possessorium ordinarium[2]. Gegen denselben hat sich seit dem 17. Jahrhundert eine lebhafte Opposition erhoben, welche im 18. Jahrhundert namentlich durch J. H. Böhmer getragen, im 19. durch Savigny in der Theorie fast vollständig zum Siege gelangt ist, aber nicht in gleicher Weise eine feste Praxis herbeigeführt hat[3]. Auch läßt sich nicht verkennen, daß die alte Lehre nicht in allen Punkten gleich verwerflich ist. Die Ausdehnung des Besitzesschutzes auf jeden Fall unfreiwilligen Besitzverlustes, und zwar ohne Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, füllt einerseits eine Lücke des römischen Rechts aus (§ 160 Note 2), und ist andererseits theilweise in demselben unmittelbar begründet (§ 161)[4]. Das Letztere gilt auch von der Ausschließung der einjährigen Verjährung[4a]. Am Wenigsten läßt sich sagen für die Freiheit des Klägers vom Beweise unfreiwilligen

(S. 389—397). 46 (S. 417—419), Maaßen Jahrb. des gem. R. III. 8, Heusler die Gewere (1872) S. 318 fg., Meischeider S. 144 fg. 165 fg.

[2] Das s. g. possessorium ordinarium ist das römische interdictum uti possidetis, aber dadurch mit recuperatorischer Wirkung ausgestattet, daß man in Anlehnung an Sätze theils des römischen, theils des deutschen Rechts den unfreiwillig verlorenen Besitz als fortdauernd annahm. Eine besondere Phase der Entwickelung des ordinarium ist diejenige, welche in Deutschland im 18. Jahrhundert aufgetreten, aber zu gemeinrechtlicher Anerkennung nicht gelangt ist, daß man auf Grund einer unrichtigen Interpretation des c. 9 X. de prob. 2. 19 dasselbe auffaßte als Klage auf Wiedererlangung eines verlorenen titulirten Besitzes; dadurch hörte es ganz auf, Besitzklage zu sein, und das summariissimum rückte an die Stelle des uti possidetis hinauf. S. über das Nähere Bruns Jahrb. des gem. R. IV S. 33—74. 85—95, Heusler a. a. O. (Note 1) S. 304 fg. 452 fg., Meischeider S. 127 f. 172 fg.

[3] Bruns Bes. S. 389—397. 418. 419. vgl. Jahrb. a. a. O. S. 95. Holzschuher II § 90.

[4] Condictio possessionis. Dieselbe ist für den Fall unfreiwilligen Besitzverlustes anerkannt in dem Urtheil bei Seuff. Arch. XIX. 152, vgl. auch Nr. 153 das. Auch die Zulassung des interdictum unde vi in diesem Fall hat übrigens in den Quellen einen Anhalt, nämlich in der Bestimmung über die Zulässigkeit desselben bei Occupation einer vacua possessio absentis, l. 11 C. unde vi 8. 4. Bruns Jahrb. a. a. O. IV S. 101. 65. Vgl. auch Ziebarth die Realexecution und die Obligation (Halle 1866) S. 261—262. Spolienklage: Bruns Besitzkl. S. 250 fg. Seuff. Arch. V. 23, XIX. 46, XXIII. 137, XXIV. 212. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1866 Nr. 4.

[4a] Vgl. Seuff. Arch. VII. 42. 270.

Besitzverlustes[5] und für die unbedingte Haftung des dritten Besitzers[6]; nur so viel läßt sich rechtfertigen, daß der unredliche dritte Besitzer für haftbar erklärt wird[7]. Für die Ausdehnung des Besitzesschutzes auf den Inhaber bietet sich eine theoretische Rechtfertigung nicht dar[7a]; doch zeigt sich in der neueren Theorie und Praxis die Neigung, zwischen den Inhabern zu unterscheiden, und den Inhaber in eigenem Interesse, namentlich den Miether und den Pächter, dem Besitzer gleichzustellen[7b].[8]

[5] Was Bähr Urteile des Reichsgerichts S. 47 in dieser Beziehung bemerkt, ist nicht zutreffend. Bähr bestreitet, daß der Kläger den unfreiwilligen Besitzverlust zu beweisen brauche, und führt aus, daß der Kläger nicht zu beweisen brauche, daß der Beklagte kein Recht zur Besitzergreifung gehabt habe. Mit Bähr geht Dernburg I § 189 Note 10.

[6] Der Haftbarmachung des dritten Besitzers liegt die Idee zu Grunde, daß der Besitz Gegenstand der Vindication sei.

[7] Nach Analogie der Bestimmung des canonischen Rechts über die Haftung des unredlichen Besitzsuccessors; es ist kein Grund vorhanden, warum derjenige, welcher ohne allen Rechtsgrund in den Besitz der Sache gelangt, besser gestellt sein sollte. Vgl. Bruns Bes. S. 100. Ziebarth a. a. O. S. 260–261. Wächter II S. 94 u. 99. Seuff. Arch. XXIII. 137. A. M. aber jetzt Bruns Besitzkl. S. 246 fg.

[7a] Dieselbe wurde vielfach auf eine irrige Auffassung des römischen Rechts gestützt. Bruns Bes. S. 394. Vgl. das. S. 62 fg. Das römische Recht faßt die Inhabung nicht als Verwirklichung eines auf das Haben der Sache, sondern als Verwirklichung eines gegen den Ueberlassenden, Verpächter, Leiher ꝛc. gerichteten Willens auf. Ueber das ältere deutsche Recht s. Heusler a. a. O. S. 119 fg. 159 fg., Bruns Besitzkl. S. 228 fg., Stobbe II § 72 Num. 4. 5. § 75 Num. 3.

[7b] Bruns Besitzkl. S. 236 fg. (vgl. auch S. 294 fg.), Stobbe § 77 Num. 6. a, Bähr Urteile des Reichsgerichts S. 38 fg. Krit. VJSchr. XXVII S. 181 fg. Erkenntnisse des Reichsgerichts 9/1 80 (Fenner u. Mecke I S. 90) und 21/10 81 (Entscheidungen V S. 164). Das zweite Erkenntniß stützt sich auf „die Ausbildung, welche die Spolienklage durch die Praxis erhalten hat". Das stimmt nicht zu Seuff. Arch. I. 225 (Celle), XXII. 147 (Rostock), XXVI. 11 (Darmstadt). Die entgegenstehenden Erkenntnisse XXIV. 212 und XXV. 7 sind beide von Wolfenbüttel; das zweite bezeugt keine allgemeine, sondern nur eine Braunschweigische Praxis. S. noch Wendt Faustrecht S. 6 fg. 176 fg.

[8] Delbrück in seiner Schrift über „die dingliche Klage des deutschen Rechts", Leipzig 1857 (ein Nachtrag aus Delbrück's Nachlaß Jahrb. f. Dogm. X S. 110 fg.) hat nachzuweisen gesucht, daß der Spolienklage und dem poss. ordinarium eine ursprüngliche deutsche Rechtsanschauung zu Grunde liege, welche sich in dieser Verkleidung durch alle Zeiten hindurch erhalten habe,

VI. Rechtsbesitz*.

§ 163.

Besitz ist thatsächliche Herrschaft des Willens über die Sache; Sachbesitz ist thatsächliche Herrschaft des Willens über die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen; von Rechtsbesitz redet man,

---

die Rechtsanschauung nämlich, daß der bloße ältere Besitz Anspruch auf Schutz gewähre. Delbrück stellt demgemäß folgende Sätze auf, denen er unmittelbar Geltung für das heutige Recht zuschreibt. 1) Jeder, welcher einmal besessen hat, kann auf Grund dieses Besitzes von jedem späteren Besitzer Herausgabe der Sache verlangen, wenn derselbe nicht einen Titel für seinen Besitz nachweisen kann, oder daß er schon einmal noch früher als der Kläger besessen habe, oder daß der Kläger die Sache veräußert habe, oder sich in mala fide befinde. 2) Derjenige, welcher den Besitz ohne seinen Willen verloren hat, kann Herausgabe der Sache auch von dem titulirten Besitzer verlangen. 3) In dem einen und dem anderen Falle ist aber der Anspruch kein possessorischer, sondern ein dinglicher, eine Vindication. Diese neue Theorie darf, was das geltende Recht angeht, gegenwärtig als beseitigt angesehen werden, obgleich der Verf. des Art. Vindication in Weiske's Rechtslex. (XIII S. 105 fg.) sie vollständig aufgenommen hat; gegen dieselbe haben sich erklärt: in einem ausführlichen Aufsatz Bruns Jahrb d. gem. R. IV S. 1 fg. (1860), s. auch dens. Besitzklagen S. 212 fg., ferner Bluntschli krit. Ueberschau VI S. 189 fg., Pagenstecher röm. Lehre vom Eigenthum III S. 207—225, Sintenis I § 46 Note 24. § 53 Note 2, Vangerow I § 335 a. E., Wächter II S. 96 fg., Goldschmidt Handelsr. I § 80 Note 48, Stobbe II § 147 a. E. Zwar hat sich Delbrück für den ersten der genannten Sätze auch auf gesetzliche Aussprüche berufen (c. 9 X. de prob. 2. 19 und P.G.O. Art. 208; aber s. dawider Maaßen Jahrb. d. gem. R. II S. 443 fg. und Bruns a. a. O. S. 74—85. Auch was das ältere deutsche Recht angeht, haben neuere Forschungen Delbrück's Aufstellungen im Wesentlichen als unhaltbar zurückgewiesen; nur das darf behauptet werden, daß das ältere deutsche Recht bei beweglichen Sachen im Streit um das Haben der Sache (nicht Besitzesstreit) die Geltendmachung unfreiwilligen Besitzverlustes auch Dritten gegenüber gestattet habe. Vgl. Laband die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters (1869) S. 68 fg. 106 fg. 182 fg., Heusler die Gewere (1872) S. 71 fg. 254 fg. 304 fg. 451 fg., Stobbe II § 73 Num. 3 und § 77 Num. 5 a. E. — Zu wesentlich gleichen Resultaten wie Delbrück ist durch eine andere Art der Beweisführung, die aber weit davon entfernt ist, überzeugend zu sein, übrigens ebenfalls mit Berufung auf das ältere deutsche Recht, Ziebarth in der in Note 9 genannten Schrift S. 257 fg. 292 fg. gelangt. Dawider Bruns Besitzklagen S. 212 fg. — Auch Meischeider (S. 127 fg. 144 fg. 154 fg. 166 fg. 247 fg. 356 fg.) hält an dem Delbrück'schen Grundgedanken (Zusammenhang des poss. ordinarium und

wenn die thatsächliche Willensherrschaft die Sache nur in dieser oder jener einzelnen ihrer Beziehungen erfaßt (§ 151). Der Ausdruck ist wenig entsprechend; man sagt, ein Recht werde besessen, und meint damit, daß derjenige Willensinhalt, welcher rechtlich anerkannt dieses Recht ausmachen würde, sich thatsächlich verwirklicht habe. — Die dem modernen Rechte angehörende weitere Entwickelung des Begriffes des Rechtsbesitzes, wonach Rechtsbesitz auch in solchen Fällen angenommen wird, in welchen ein nicht auf die Beherrschung einer Sache gerichteter Wille zur thatsächlichen Geltung gelangt ist, gehört nicht hierher (§ 151 Note 4).

Nicht alle Rechte an Sachen können besessen werden. Das hat den Sinn: nicht allen Rechten an Sachen liegt ein solcher Willensinhalt zu Grunde, daß die thatsächliche Verwirklichung desselben einen bleibenden Zustand herbeiführt. Aus diesem Grunde gibt es keinen Besitz des Pfandrechts[1]. Anders beim Faustpfande; obgleich die positive Bestimmung des römischen Rechts hier Sachbesitz angenommen hat[2].

Die Grundsätze über die Möglichkeit des Rechtsbesitzes sind dieselben, wie beim Sachbesitze (§ 152). Nur ergibt sich aus dem Begriffe des Rechtsbesitzes als einer beschränkten Herrschaft über die Sache, daß nicht in gleicher Weise wie nur Ein Sachbesitz, so auch nur Ein Rechtsbesitz an derselben Sache möglich ist.

---

der Spolienklage mit germanischen Rechtsideen und petitorischer Natur dieser Rechtsmittel) fest, ohne jedoch dem Resultate zuzustimmen, welches Delbrück daraus für das geltende Recht zieht.

* Roßhirt Arch. f. civ. Pr. VIII S. 1 fg. (1825). v. Buchholtz Versuche Nr. 8 (1831). Heerwart Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XII S. 145 fg. (1839). Pfeiffer prakt. Ausführungen VII. 1 Num. 12 (1844). Elvers die römische Servitutenlehre § 62. 79—83 (1856). Namentlich aber Randa (§ 148 *) § 24—36, bei Weitem das Eingehendste, was bisher über den Rechtsbesitz geschrieben worden ist.

[1] Der Pfandgläubiger darf die Sache verkaufen; das ist eine vorüber- § 163.
gehende und sich nicht wiederholende Handlung. Er darf sich zwar auch in den Besitz der Sache setzen; aber dieser Zustand ist nicht auf die Dauer berechnet, sondern bestimmt, sogleich durch den Verkauf wieder aufzuhören.

[2] § 154 Note 3. Ohne Zweifel ist dieß zu einer Zeit geschehen, wo der Rechtsbesitz noch nicht ausgebildet war; man hätte sonst nicht, um den praktischen Zweck der Sicherstellung des Faustpfandgläubigers zu erreichen, zu einer Ausnahmebestimmung gegriffen. Vgl. Bekker S. 163 fg. (s. oben § 154 Note 3).

Auch der Erwerb und der Verlust des Rechtsbesitzes stehen unter denselben Grundsätzen, wie der Erwerb und der Verlust des Sachbesitzes. — Erworben wird der Rechtsbesitz dadurch, daß die gewollte Herrschaft über die Sache thatsächlich vorhanden ist. Ist der Wille auf einen bleibenden Zustand der Sache gerichtet, so ist dazu erforderlich, daß die Sache sich in diesem Zustand wirklich befinde[3], aber eben auch in Folge des Willens befinde[4]. Ist der Wille auf vorübergehende, sich wiederholende Einwirkungen gerichtet, so ist auch hier so wenig wie beim Sachbesitz erforderlich, daß auf die Sache wirklich eingewirkt sei, sondern es genügt die Möglichkeit beliebiger Einwirkung[5]. Der der thatsächlichen Herr-

[3] L. 20 pr. D. de S. P. U. 8. 2.

[4] Dieß ist namentlich von Wichtigkeit für diejenigen Fälle, wo der Wille darauf geht, daß mit einer Sache etwas nicht vorgenommen werde. Der Besitz ist hier dem Wollenden nicht dadurch ohne Weiteres erworben, daß auf die Sache in der betreffenden Weise nicht eingewirkt ist, sondern nur dadurch, daß die Einwirkung in Folge seines Willens unterbleibt. Im Einzelnen kann dieß noch in verschiedener Weise hervortreten, entweder dadurch daß eine versuchte Einwirkung auf seinen Widerspruch hin unterlassen wird, oder dadurch daß ihm von dem Unterlassenden ein Recht zum Widerspruch eingeräumt wird. In l. 6 § 1 D. si serv. vind. 8. 5 bezeichnet possessor nicht den Besitzer, sondern denjenigen, für welchen das thatsächliche Verhältniß spricht, gleichgültig ob kraft seines Willens oder nicht. (Anders Savigny S. 603 Note 1 [493 Note 5]; noch anders Randa § 28 Note 4; vgl. auch Bethmann-Hollweg Jahrb. f. wissensch. Kritik 1838 S. 208, Rudorff Anhang zu Sav. Nr. 167.) Seuff. Arch. VI. 15, XIV. 13, XVI. 7, XXV. 8, XXXVI. 110, vgl. XVIII. 249. — Daß der in Folge meines Willens Unterlassende der Eigenthümer der Sache sei, ist nicht erforderlich. Randa S. 621 fg. (§ 28 a. E.).

[5] Wenn die Quellen zum Erwerbe des Rechtsbesitzes „usum iuris", also die wirkliche Ausübung des betreffenden Rechts, das wirkliche Früchteziehen, wirkliche Gehen ꝛc. verlangen (l. 20 D. de serv. 8. 1), so thun sie das nur in dem Sinne, daß damit das thatsächliche Machtverhältniß über allen Zweifel hinaus erhoben ist. Aber so wenig für den Erwerb des Sachbesitzes wirkliche Einwirkung auf die Sache erforderlich ist (§ 153 Note 2–4), so wenig kann sie für die Erwerbung des Rechtsbesitzes erforderlich sein; diese Consequenz ist nicht abzuweisen. Auch wird beim Nießbrauch Besitzübertragung angenommen, wenn der Eigenthümer den Nießbraucher „iuduxerit in fundum, eumve patiatur uti frui", l. 3 pr. D. de usufr. 7. 1. Wird freilich die betreffende Handlung nie vorgenommen, so darf kein Besitz angenommen werden, weil daraus folgt, daß der Besitzwille nie vorhanden gewesen, oder wieder aufgegeben sei; aber wird sie vorgenommen, so ist der Besitz nicht erst mit ihr,

schaft entsprechende Wille muß auch hier darauf gerichtet sein, die Herrschaft für sich, nicht für einen Andern zu haben[6]. — Soll der Rechtsbesitz durch einen Vertreter erworben werden, so

sondern bereits mit dem Verhältniß, welches die Möglichkeit derselben sichert, erworben. Vgl. Unterholzner Verjährungslehre II S. 166, Bruns S. 475. 476, Exner Tradition S. 121; dagegen Th. Muther die Ersitzung der Servituten S. 43 Note 41, Elvers die römische Servitutenlehre S. 675—676, Randa § 26 Note 1 und S. 608 (jedoch unter Anerkennung, daß zum Erwerbe der mit der Detention der dienenden Sache verbundenen persönlichen Dienstbarkeiten Detention genüge, S. 550).

[6] Es ist also nothwendig: 1) überhaupt der Wille, eine Herrschaft über die Sache auszuüben (l. 1 § 6 l. 7 D. de itin. 43. 19, Seuff. Arch. XX. 212, XXV. 9, XXVIII. 201); 2) der Wille, eine eigene Herrschaft über die Sache auszuüben (l. 25 D. quemadm. serv. 8. 6). Eine eigene Herrschaft übt aber auch derjenige aus, welcher ein fremdes Recht kraft eigenen Rechts ausübt, wie z. B. eine Grunddienstbarkeit kraft Nießbrauches an dem herrschenden Grundstück. L. 3 § 5 D. de itin. 43. 19, l. 2 § 3 si serv. 8. 5, vgl. l. 22 D. quemadm. serv. 8. 6. Und wer ein fremdes Recht precario ausübt, wird, was den Besitzesschutz angeht, als Besitzer des Rechts in derselben Weise anerkannt, wie als Sachbesitzer anerkannt wird, wer eine Sache precario empfangen hat (§ 154 Ziff. 2). L. 1 § 11 i. f. D. de itin. 43. 19. Abweichend in Betreff des ersten der unter dieser Ziffer genannten Fälle Randa S. 577 fg. 592 unt., vgl. S. 567 fg. Dagegen ist 3) nicht erforderlich der Wille, die eigene Herrschaft als Recht, als eine rechtlich begründete, auszuüben. Denn auch der Sachbesitz erfordert nicht den Willen, die Herrschaft über die Sache als eine rechtlich begründete auszuüben (§ 149 Note 5). Die ungenaue Ausdrucksweise in l. 25 D. quemadm. serv. 8. 6 und l. 7 D. de itin. 43. 19 erklärt sich leicht daraus, daß regelmäßig der Wille eine eigene Herrschaft auszuüben mit dem Willen ein eigenes Recht auszuüben zusammenfallen wird. A. M. B David in der Allgem. Oesterreich. Gerichts-Zeitung 1870 Nr. 76—78. Wäre diese Meinung richtig, so müßte jede Klage wegen Störung im Rechtsbesitz zurückgewiesen werden, in welcher nicht behauptet wäre, daß die behaupteten Handlungen unter Behauptung der Rechtszuständigkeit vorgenommen worden seien. Ebenso wenig ist, wenn der Wille auf Rechtsausübung gerichtet gewesen ist, 4) erforderlich, daß er gerade auf Ausübung eines Rechts an fremder Sache gerichtet gewesen sei. Seuff. Arch. VII. 154, VIII. 292, XVII. 14, XX. 19, XXII. 23, XXVII. 98, XXXV. 101. XXXVI. 262, XXXVII. 98. Entscheid. des RG. IV S. 136 (= Seuff. Arch. XXXVII. 11). Für das Gegentheil Seuff. Arch. VIII. 220. 236, XXII. 22. Vgl. XIV. 96. Ueber das Ganze: Elvers a. a. O. S. 681—685, Randa § 25. In Betreff des Beweises s. Busch Arch. f. civ. Pr. XXXI S. 243 fg., Randa S. 525 fg.; Seuff. Arch. V. 255, IX. 133. 134, XIV. 14. 211, XV. 108, XIX. 216, XX. 19. 210. 211, XXII. 219. Kierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck 1867 Nr. 104.

ist erforderlich, daß der Vertreter nicht seinen eigenen[7], sondern des Vertretenen Willen[8] gegen die Sache habe geltend machen wollen, und zwar nicht kraft eigenen Rechts[9]. Besitzwille des Vertretenen wird natürlich auch hier vorausgesetzt[10]. — Verloren wird der Rechtsbesitz, wie der Sachbesitz, nicht durch Unterbrechung der Verwirklichung des zu seinem Erwerbe erforderlichen körperlichen Verhältnisses zur Sache[11], sondern erst dadurch, daß die

[7] L. 1 § 8 D. de itin. 43. 19.

[8] L. 1 § 7. 11 l. 3 § 4 D. de itinere 43. 19. Seuff. Arch. II. 11, XIV. 212; II. 11, III. 11; III. 10, IV. 205; XII. 231; XIII. 84; XXIII. 214. Vgl. auch XIX. 127. Bekker Jahrb. für Dogm. XII S. 36 fg. — Merkwürdig ist die Entscheidung der l. 1 § 11 D. de itin. 43. 19, daß es (den rechten Besitzeswillen des Vertretenen vorausgesetzt) nicht schaden soll, daß der Vertreter precario gehandelt habe.

[9] L. 3 § 4 eod.: — „per fructuarium autem interdictum hoc domino non competere, Iulianus ait". Vgl. Note 6. Randa § 26 Note 18 meint, es werde in der genannten Stelle Mangel des Besitzwillens beim Eigenthümer vorausgesetzt; danach würde die Stelle sagen, daß „per servos vel colonos vel amicos vel etiam hospites" Besitz ohne Besitzwillen erworben werden könne. (Randa glaubt, diese Gegenbemerkung beruhe auf einem Mißverständniß seiner Ansicht; ich vermag dasselbe nicht zu entdecken.)

[10] Die Meinung, daß Jemandem der Besitz einer Grunddienstbarkeit durch einen Vertreter ohne eigenen Besitzwillen erworben werden kann, wenn die Ausübung nur fundi nomine geschehen sei (Unterholzner Verjährungslehre II § 194, Seuff. Arch. II. 135, XII. 231, XXIV. 218), ist ohne Grund. S. l. 1 § 11 D. de itinere 43. 19. Randa § 31 Note 3; Seuff. Arch. III. 10. 11, IV. 205. Anders was die Fortsetzung des Besitzes angeht. S. Note 14.

[11] Also nicht durch Unterbrechung der Ausübung derselben. Wenn es in l. 14 pr. D. de serv. 8. 1 heißt: „nemo . . tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur", so ist das eine Betrachtung, welche lediglich zu dem Zwecke angestellt wird, um die Unzulässigkeit der usucapio bei Servituten theoretisch zu erklären, welche aber weder für die Servitutenersitzung, noch für den Interdictenschutz bei den Servituten die geringste praktische Bedeutung gewonnen hat. — Savigny S. 577. 586 (474. 481) nimmt an, der Besitz von persönlichen Dienstbarkeiten und von solchen Grunddienstbarkeiten, deren Ausübung in einer eigenen, unabhängigen Handlung besteht, sei bei Unterbrechung der Ausübung in suspenso; werde die Ausübung innerhalb der für den Verlust des Rechts durch Nichtausübung festgesetzten Zeit wiederholt, so sei der Besitz nie, widrigenfalls von allem Anfang an verloren gewesen. Uebereinstimmend Heerwart S. 157; dawider Puchta kl. civil. Schriften S. 454, Böcking § 126 Note 27, Randa § 34 Note 1. Der Irrthum, welcher dieser Ansicht zu Grunde liegt, ist der,

Wiederverwirklichung dieses Verhältnisses dem Besitzer unmöglich wird[12] oder aus einem andern Grunde von ihm bleibend unterlassen wird[13]; ferner durch Aufgabe des Besitzwillens[14].

§ 164*.

Was den Schutz des Rechtsbesitzes angeht, so ist zwischen den verschiedenen Fällen zu unterscheiden.

1. Ist der Rechtsbesitz mit der Detention der beherrschten Sache verbunden, wie z. B. der Besitz des Nießbrauchs, so finden die Grundsätze über Störung und Entziehung des Sachbesitzes unmittelbare Anwendung[1].

---

daß der Verlust jener Dienstbarkeiten an fortgesetzten Nichtbesitz angeknüpft sei. Vgl. § 216 Note 2a. Uebrigens hat Savigny selbst in der 6. Aufl. diese Ansicht, was den Ersitzungsbesitz angeht, aufgegeben.

[12] Bei Grunddienstbarkeiten tritt Unmöglichkeit der Ausübung auch mit dem Verlust des Besitzes des herrschenden Grundstücks ein. Unterholzner Verjährungslehre II § 177, Puchta kl. civil. Schriften S. 455, Böcking § 126 Note 26, Randa § 35 Note 11. Oeffentliches Verbot: Seuff. Arch. XXII. 11. — Gilt auch der § 156 zu Note 8 bezeichnete Satz? Dawider Budde Entsch. des OAG. zu Rostock IX Nr. 5.

[13] Vgl. l. 37 § 1 D. de usurp. 41. 3 und § 156 Note 7, § 213 Note 3. Vgl. Unterholzner Verjährungslehre II § 214, Elvers S. 679. 680, Randa § 33 Note 4, Savigny S. 579 Note 2 (475 Note 2) (was den Ersitzungsbesitz angeht), Jhering S. 150 (174) fg., Kohler pfandrechtl. Forschungen S. 275.

[14] Da der Besitzwille vorhanden ist, so lange er nicht aufgegeben ist, (§ 156), so folgt, daß Besitzhandlungen, welche im Namen eines Andern vorgenommen werden, was die Fortsetzung des Besitzes angeht, dem Andern anzurechnen sind, auch wenn sie ohne seinen Willen vorgenommen worden sind. S. l. 12 § 2 l. 38 D. de usufr. 7. 1, l. 5. 6 pr. l. 20—24 D. quemadm. serv. 8. 6. Randa § 31 Note 5. § 33 Note 3.

* Vgl. zum Folgenden außer den zum vorigen § Citirten noch Holzschuher II S. 54 fg. — Schutz des Rechtsbesitzers gegen den Sachbesitzer: Wendt Faustrecht S. 129 fg. Vertheidigungsrecht des Rechtsbesitzers gegen den Sachbesitzer? Wendt das. S. 140. 146 fg., Randa § 6 Num. 1 a. E. § 35 von Note 53 an. Seuff. Arch. I. 222, V. 258, XXXVIII. 212; IX. 157.

[1] Interdictum unde vi bei der Superficies: l. 1 § 5 D. de vi 43. 16; bei Nießbrauch und Gebrauchsrecht: l. 3 § 13—17 l. 9 § 1 l. 10 D. eod., l. 60 pr. D. de usufr. 7. 1, l. 27 D. de don. 39. 5. Interdictum uti possidetis bei Nießbrauch und Gebrauchsrecht: l. 4 D. uti poss. 43. 17. Bei Superficies ein besonderes interd. de superficiebus, aber ganz nach den § 164.

2. Stellt der Rechtsbesitz sich dar in einer Veranstaltung an einer Sache, welche wir im juristischen Besitze haben, so z. B. wenn an dem von uns besessenen Hause ein Vorbau angebracht ist, welcher über des Nachbars Grundstück hinüberragt, so ist jeder Eingriff in den Rechtsbesitz Störung des Sachbesitzes[2].

3. Von den andern Fällen des Rechtsbesitzes sind im römischen Rechte folgende vorgesehen.

a. Besitz einer Wegegerechtigkeit[3]. Schutz gegen Störung derselben wird nur dann gewährt, wenn die Wegegerechtigkeit in dem letzten Jahre wenigstens dreißig Mal ausgeübt worden ist[4],

---

Grundsätzen des interd. uti possidetis: l. 1 pr. § 2 D. de superfic. 43. 18 (Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XI S. 229—231). Auch auf Nießbrauch und Gebrauchsrecht fand früher das interd. uti possidetis nur mit veränderter Formel Anwendung, und ebenso das interd. unde vi, Vat. Fr. § 90. 91 (vgl. Bruns S. 86—88, Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XI S. 340—346, Elvers Serv. S. 668—670). Ueberhaupt, und über den Besitzesschutz bei Superficies im Besonderen: Degenkolb Platzrecht und Miethe (1867) S. 55 fg. (vgl. Mandry krit. VJSchr. XII S. 519 fg.). Interd. de precario: l. 2 pr. § 3 D. de prec. 43. 26. Auch die nachrömischen Fortbildungen des Besitzesschutzes finden Anwendungen.

[2] L. 3 § 5. 6 D uti poss. 43. 17, l. 8 § 5 D. si serv. 8. 5; vgl. l. 20 pr. l. 32 § 1 D. de S. P. U. 8. 2. Andere bestreiten die Anwendbarkeit des interd. uti possidetis für diesen Fall, und namentlich erklärt sich mit Eifer dagegen Vangerow I § 355 Anm. 2 Nr. 2. b. c, vgl. auch Sintenis § 65 Note 46. S. aber Rudorff Zeitschr. für gesch. RW. XI S. 319—352 und Anh. zu Sav. Nr. 170, Puchta Vorl. I S. 301. 302, Bruns S. 89, Schmidt Interd. S. 63. 64, Brinz S. 96, Arndts § 192 Anm. 4, Witte interd. uti possidetis S. 102—105, Hedemann Erwerb und Schutz der Servituten S. 137 fg. 145 Note 122. Seuff. Arch. XXXI. 314.

[3] Dig. 43. 19 de itinere actuque privato. — Albert über den Besitz unkörperlicher Sachen Nr 1: Versuch einer ausführlichen exegetisch praktischen Darstellung des possessorischen interd. de itinere actuque privato (1826). Althof das interd. de itinere actuque privato (1836). Pfeiffer pract. Ausführungen VII S. 463 fg.

[4] L. 1 pr. § 2 D. h. t. Dabei können aber auch die Ausübungsacte desjenigen, von dem man das herrschende Grundstück erworben hat, gerechnet werden. L. 3 § 6—10 l. 6 D. h. t., l. 2 § 3 D. si serv. 8. 5, l. 2 § 3 D. de interd. 43. 1. Die von Althof a. a. O. aufgestellte und von Vangerow I § 355 Anm. 1 und Holzschuher II S. 59 gebilligte Erklärung der l. 1 § 2 D. h. t., wonach nicht dreißigmalige Ausübung im letzten Jahre, sondern nur mehrmalige Ausübung im letzten Jahre, aber von der Art, daß die erste von der letzten mindestens um dreißig Tage entfernt ist, erforderlich

und zwar dem Gegner gegenüber nicht fehlerhaft[5]. Ueberdieß bezieht sich dieser Schutz nur auf den Besitz ländlicher Wegegerechtigkeiten[6]. Wer den schadhaft gewordenen Weg repariren will, kommt mit dem Beweise des Besitzstandes nicht aus, sondern muß das Recht selbst beweisen[7].

b. Besitz einer Wasserleitungsgerechtigkeit[8]. Schutz gegen Besitzstörung wird hier schon gewährt, wenn die Gerechtigkeit im letzten Jahre nur einmal ausgeübt worden ist[9]. Ist die Wasserleitung bestimmt, bloß im Sommer oder bloß im Winter benützt zu werden, so genügt einmalige Ausübung in diesem oder in dem letzten Sommer bez. Winter[10]. Auch hier muß die Ausübung dem Gegner gegenüber nicht fehlerhaft, überdieß aber in gutem Glauben geschehen sein, und zwar darf der Irrthum dabei kein Rechtsirrthum gewesen sein[11]. Um zur Reparatur der Wasserleitung zugelassen zu werden, ist Beweis des Rechts nicht erforderlich[12].

c. Nach gleichen Grundsätzen wird der Besitz einer Wasserschöpfgerechtigkeit geschützt[13].

d. Gegen Verhinderung in der Reinigung und Ausbesserung

---

sein soll, ist nicht zur Anerkennung gelangt. S. jedoch Brinz 2. Aufl. I § 201 Note 5. Seuff. Arch. XXII. 46, XXX. 123.

[5] L. 1 pr. § 12 l. 3 § 2 D. h. t. Seuff. Arch. XIX. 45.

[6] L. 1 § 1 D. h. t.

[7] L. 3 § 11. 13 D. h. t. Daneben ist aber auch actio confessoria zulässig, bei welcher Beweis des Besitzstandes nicht erforderlich ist, l. 4 § 5 si serv. 8. 5. Jhering Geist des römischen R. III S. 30 Note 9. — Ist das Interdict nichtsdestoweniger possessorisch (welche Frage freilich für das heutige Recht keine Bedeutung hat)? Dafür Brinz S. 91. 92 (2. Aufl. I S. 803), Rudorff zu Puchta § 139. h; a. M. Savigny S. 598 (490), Sintenis I § 65 Anm. 27.

[8] Dig. 43. 20 de aqua quotidiana et aestiva. Seuff. Arch. XXVI. 110.

[9] L. 1 pr. § 4. 22 h. t. Seuff. Arch. XIX. 233, XXXII. 306.

[10] L. 1 § 3. 29—36 l. 6 D. h. t. — In dem einen und dem andern Falle werden die Ausübungsacte des Rechtsvorgängers angerechnet, l. 1 § 37 D. h. t.

[11] L. 1 pr. § 10. 19. 39 D. h. t. Seuff. Arch. XXII. 146 versteht dieses Erforderniß als animus iuris exercendi; dagegen spricht entschieden, daß Rechtsirrthum nicht helfen soll.

[12] Dig. 43. 21 de rivis.

[13] Dig. 43. 22 de fonte.

eines zur Fortschaffung des Unraths dienenden Abzugsgrabens wird possessorischer Schutz gewährt, ohne daß der Gegner sich mit der Einrede des fehlerhaften Besitzes vertheidigen könnte[14].

4. Für die hier nicht genannten Fälle des Rechtsbesitzes kann aus dem römischen Rechte ein Schutz gegen Störung nicht hergeleitet werden[15]. Im Mittelalter aber sind auf dieselben in Theorie und Praxis ganz allgemein sowohl die römischen Interdicte, als die neugebildeten Rechtsmittel, Spolienklage, possessorium ordinarium und summarium, angewendet worden[16]. Gegen die Zulassung der Spolienklage hat auch Savigny[17] keine Einwendung erhoben; nur verlangt er Ausbildung derselben für die einzelnen Fälle nach Analogie des römischen Rechts, welche Forderung noch bestimmter Puchta gestellt hat[18].

[14] Dig. 43. 23 de cloacis. Vgl. Schmidt (von Ilmenau) Zeitschr. f. gesch. RW. XV S. 51—58. 76—89; aber auch Brinz S. 94. 95. (2. Aufl. I S. 805). Seuff. Arch. XXXII. 307.

[15] Namentlich nicht für die Fälle, wo der Besitzwille darauf geht, daß mit der Sache etwas nicht vorgenommen werde. Mit Unrecht hat man für diesen Fall die Anwendbarkeit des interd. uti possidetis behauptet. Dagegen spricht l. 5 § 10 D. de O. N. N. 39. 1 (vgl. II § 465 Note 18 g. E.). Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XI S. 349—553 (aber auch Zusatz zu Puchta § 396. d), Heerwart Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XII S. 146—166. 282–290, Bruns S. 89—93. Eine Uebersicht der verschiedenen Meinungen über die Anwendbarkeit des interd. uti possidetis auf Grunddienstbarkeiten überhaupt geben Pfeifer pract. Ausf. VII. 1 S. 419—443 und Vangerow I § 355 Anm. Nr. 2.

[16] Bruns § 15. 24—26. 29. 34. 44 (S. 383. 384). 45 (S. 407. 408).

[17] Besitz S. 589. 630—634 (483. 517—521).

[18] Pand. § 139 a. E. S. auch Brinz S. 98 (2. Aufl. S. 805) und ausgeführter Heerwart a. a. O. S. 179—212; Rudorff Anh. zu Sav. Nr. 179, Lang Württemb. Sachenr. I S. 80. Die Idee ist übrigens keine neue, Bruns S. 412 Note 4. Ueber die neuere Praxis s. Bruns S. 422. 423, Pfeiffer a. a. O. S. 433 fg., Buchka und Budde Entsch. des OAG. zu Rostock III Nr. 26, Kierulff Entsch. des OAG. zu Lübeck 1865 S. 253 fg. Seuff. Arch. V. 171, VII. 182, XIX. 233, XXII. 46, XXVII. 92, XXXV. 98. Darüber, daß, wo das römische Recht besondere Regeln für den Schutz des Rechtsbesitzes aufgestellt hat, auch nur diese zur Anwendung zu kommen haben, ist heutzutage in der Theorie kein Streit mehr. Vgl. Buchka und Budde a. a. O. S. 84, Pfeiffer a. a. O. S. 441. Seuff. Arch. XXVII. 210. — Gewalt ist zur Besitzstörung nicht erforderlich. Vgl. Bruns Bes. S. 204 fg. 280. 384. 397. Besitzkl. S. 250 fg. Seuff. Arch. I. 224, II. 50, III. 56, 267, XXIV. 213; vgl. auch II § 464 Note 7.

Drittes Kapitel.

Die Rechte an Sachen im Allgemeinen.

§ 165.

Die Haupteintheilung der Rechte an Sachen oder der dinglichen Rechte ist in § 145 bereits angegeben worden; es ist die Eintheilung in Eigenthumsrecht und Rechte an fremder Sache[1]. Die im römischen Rechte ausgebildeten Rechte an fremder Sache sind im Einzelnen: die Dienstbarkeiten, die Emphyteusis und die Superficies, das Pfandrecht. Von den genannten Rechten wird im Besonderen in Kap. 4—7 dieses Buches gehandelt werden. Die allgemeinen Grundsätze, welche sich für sie aufstellen lassen, sind nicht zahlreich. Wenn früher als allgemeines Erforderniß für den Erwerb der dinglichen Rechte das Vorhandensein von titulus und modus acquirendi bezeichnet wurde, so ist diese Lehre längst aufgegeben[2]. Dagegen läßt sich über den Verlust der

[1] Die Römer haben zur Bezeichnung des Eigenthumsrechts zwei Ausdrücke: proprietas und rerum dominium oder dominium schlechthin (vgl. l. 1 § 1 D. de SC° Sil. 29. 5, l. 13 pr. D. de A. R. D. 41. 1). Der Ausdruck dominium wird aber auch in weiterem Sinne für die civilrechtliche Zuständigkeit eines Rechts überhaupt gebraucht, so dominium usufructus und selbst proprietatis, vgl. z. B. l. 3 si usufr. 7. 6, l. 17 D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 49 [48] pr. D. de her. inst. 28. 5. — Für die Rechte an fremder Sache haben die Römer eine ausgebildete technische Bezeichnung nicht, obgleich der Ausdruck ius in re aliena keineswegs unlateinisch ist. In einigen wenigen Stellen (l. 30 D. de nox. act. 9. 4, l. 13 § 1 l. 19 pr. D. de damno inf. 39. 2) wird das Recht an fremder Sache ius in re schlechthin genannt (ius praedii, l. 3 § 4 D. de reb. eor. 27. 9, vgl. übrigens auch l. 8 D. de aqua et aquae 39. 3). Wenn Neuere diese Bezeichnungsweise mit Vorliebe zu einer technischen ausgebildet haben, so ist dieß nicht zu billigen, nicht bloß deßwegen nicht, weil sie undeutsch ist, sondern auch deßwegen nicht, weil sie ihren Grund in der unjuristischen Auffassung hat, welche statt des Eigenthumsrechts die Sache nennt, an welcher dasselbe stattfindet, rem habere — ius habere (§ 42 zu Note 4). (Anders Reuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 60, welcher ius in re als „Herrschaft über die Brauchlichkeit der Sache" und somit „in re haerens s. consistens" faßt. Anders auch Brinz in der 1. Aufl. § 49, s. aber 2. Aufl. § 185.) § 165.

[2] Hugo civil. Magazin I S. 83 fg. IV S. 137 fg. Thibaut civil. Versuche I Nr. 11; Unger II S. 8—12. Vgl. übrigens auch Voigt condictiones ob causam S. 174—177. Ausführliche Dogmengeschichte bei Fr. Hofmann die

dinglichen Rechte einiges Allgemeine sagen. Die dinglichen Rechte gehen unter durch den Untergang der Sache, an welcher sie stattfinden[3], so wie dadurch, daß diese Sache in eine Lage kommt, in welcher sie aller Privatberechtigung entzogen ist (§ 146)[4]. Rechte an wilden Thieren gehen dadurch unter, daß dieselben ihre natürliche Freiheit zurückerlangen[5]. Eine singuläre Bestimmung ist, daß durch Veräußerung des Fiscus, so wie des Landesherrn und seiner Gemahlin, der Erwerber in diejenige rechtliche Lage kommt, in welche der Veräußernde ihn hat bringen wollen; alle damit in Widerspruch stehenden Rechte an der Sache gehen daher unter, und hinterlassen nur einen binnen vier Jahren geltend zu machenden Entschädigungsanspruch gegen den Veräußerer[6].[7]

Lehre vom titulus und modus acquirendi und von der iusta causa traditionis (Wien 1873) S. 3—41.

[3] L. 23 D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 8 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 1 C. de iure emph. 4 66.

[4] Nach römischem Rechte gehen auch dadurch, daß eine Sache in die Gewalt der hostes gelangt, alle an derselben bestehenden Rechte unter; gewisse Sachen aber haben das Privilegium, daß, wenn sie zurückgewonnen werden, sie in ihr früheres Rechtsverhältniß wieder eintreten. Dig. 49. 15, Cod. 8. 50 [51]. Ueber die heutzutage in dieser Beziehung geltenden Grundsätze s. § 184 Note 13.

[5] L. 3 § 2 l 4. 5 pr. § 4—6 D. de A. R. D. 41. 1 (§ 12. 14—16 I. de R. D. 2. 1).

[6] L. 2 3 C. de quadr. praescr. 7. 37, § ult. I. de usuc. 2. 6 Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX S. 3—9, Sintenis I § 39 Note 4; Seuff. Arch. V. 108, IX. 263, XXI. 13, XXXII. 13. Gegen die heutige Anwendbarkeit: V. 109; für Beschränkung auf Sachen, die sich in gutgläubigem Besitz des Fiscus befinden, XIV. 207. Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 266 Note 19.

[7] Nach dem HGB. Art. 306 gehen die dinglichen Rechte an beweglichen Sachen auch dadurch unter, daß die Sachen von einem Kaufmann in seinem Handelsbetriebe veräußert und übergeben werden, vorausgesetzt: a) redliches Bewußtsein (Unbekanntschaft mit dem betreffenden dinglichen Recht) auf Seiten des Erwerbers; b) daß die Sache nicht gestohlen oder verloren sei. Bei Papieren auf den Inhaber fällt die letztere Voraussetzung, so wie die Nothwendigkeit der Veräußerung durch einen Kaufmann in seinem Handelsbetriebe weg. Vgl. auch Art. 305, so wie Art. 74 der WO. und über das Ganze den Aufsatz von Goldschmidt Zeitschr. f. HR. VIII S. 225 fg. IX S. 1 fg. und denf. Handelsr. I S. 811 fg. — Grundbuchrecht: durch grundbuchmäßige Veräußerung eines Grundstückes gehen die nicht eingetragenen und dem Erwerber nicht bekannten dinglichen Rechte an demselben unter. Das Grundbuchrecht ist aber nicht gemeines Recht.

— Was in diesem Zusammenhange noch als Lehre von der „Revocabilität dinglicher Rechte" vorgetragen zu werden pflegt, gehört nicht an diesen Ort[8].

[8] Von Revocation dinglicher Rechte spricht man da, wo der Verlust derselben eintritt mit Rücksicht auf die Art und Weise ihres Erwerbes, z. B. in Folge einer den Erwerb begleitenden auflösenden Bedingung oder Befristung; ein anderes Beispiel gewährt der mit der Wiederverheirathung eintretende Verlust des Gewinnes aus der ersten Ehe, dieser Verlust hat zwar seinen Grund in der zweiten Ehe, aber dieselbe führt einen Verlust nur in Betreff des in jener Weise Erworbenen herbei. Vgl. noch l. 3 § 3 C. de iure dom. impetr. 8. 33 [34]. Von dem Fall der auflösenden Bedingung und Befristung ausgehend hat man dann auch den Fall hierher gezogen, wo ein dingliches Recht verloren wird kraft des Eintritts der aufschiebenden Bedingung oder Befristung, unter welcher es einem Andern übertragen worden ist. Gelehrt wird von der Revocation nun Folgendes: dieselbe könne sein 1) eine directe oder eine indirecte, je nachdem das dingliche Recht ohne Weiteres (ipso iure) verloren oder nur ein Forderungsrecht auf Aufgeben (Uebertragung) desselben begründet werde; 2) eine revocatio ex tunc oder eine revocatio ex nunc, je nachdem der Verlust des dinglichen Rechts mit rückwirkender Kraft eintrete oder ohne dieselbe. Es liegt aber auf der Hand, was den ersten Punkt angeht, daß in die Lehre von den dinglichen Rechten nicht der Satz gehört, daß den sie beendigenden Thatsachen (hier: Aufgeben des Berechtigten) ein Forderungsrecht auf Bewirken dieser Thatsachen vorhergehen könne; und was den zweiten Punkt angeht, so gelten für die Rückwirkung der Revocation keine anderen Grundsätze, als für die Rückwirkung überhaupt. Wenn man hervorhebt, daß, wo die Revocation rückwirkende Kraft habe, mit derselben auch alle auf Grund des revocirten Rechts weiter verliehenen Rechte aufhören (resoluto iure dantis resolvitur ius concessum), so ist auch das nichts, was bloß für die dinglichen Rechte wahr wäre (Beispiel: derjenige, dem ein Forderungsrecht unter einer auflösenden Bedingung übertragen worden ist, hat dasselbe verpfändet, die Bedingung tritt ein), obgleich es ohne Zweifel beim Eigenthum eine besonders wichtige Anwendung findet. Ueberdieß ist zu bemerken, daß dieser Hinfall der Verfügungen der Zwischenzeit durchaus nicht nothwendig voraussetzt, daß das Recht, auf Grund dessen sie getroffen worden sind, mit rückwirkender Kraft wieder aufhöre, wie es denn z. B. in gleicher Weise unzweifelhaft ist, daß er auch in Folge der auflösenden Befristung eintritt und daß die auflösende Befristung rückwirkende Kraft nicht hat. Nichtsdestoweniger setzt man auch wohl das Wesen der revocatio ex tunc geradezu darein, daß sie die Verfügungen der Zwischenzeit mit ergreife. — Manche fassen den Begriff der Revocation enger, und verstehen darunter bloß den Verlust des dinglichen Rechts durch auflösende Bedingung oder Befristung. Auch in dieser Fassung hat die Lehre von der Revocabilität dinglicher Rechte keine Berechtigung, da von der auflösenden Bedingung oder Befristung besondere Grundsätze, wenn überhaupt für irgend ein dingliches Recht, jedenfalls

§ 166.

Eine besondere Hervorhebung verdient aber noch Folgendes. Die dinglichen Rechte werden, wie von ihrem Schatten, von einem andern Verhältniß begleitet; es ist dieß das Verhältniß dessen, dem das dingliche Recht nicht zusteht, der aber der redlichen und durch Thatsachen gerechtfertigten Ueberzeugung ist, daß es ihm zustehe[1]. An dieses Verhältniß sind wichtige rechtliche Folgen angeknüpft, vor Allem die, daß dasselbe dritten Unberechtigten gegenüber ganz die gleiche rechtliche Macht gewährt, wie das wirklich vorhandene Recht. // Tritt Besitz hinzu[2], und dauert derselbe eine gewisse Zeit, so entsteht das Recht selbst. Doch findet weder der eine, noch der andere dieser Sätze eine unbedingte Anwendung bei allen dinglichen Rechten. // Jene redliche Ueberzeugung hat ferner die Folge, daß sie von aller Verantwortung für die über die Sache getroffenen Verfügungen entbindet, welcher Satz beim Eigenthum in Betreff der Früchte der Sache noch einen besonderen Ausdruck erhalten hat[3]. Kraft dieser an den guten Glauben angeknüpften rechtlichen Vortheile ist das dingliche Recht, welches man zu haben redlicher Weise glaubt, nicht weniger Bestandtheil des Vermögens, als dasjenige, welches man wirklich hat[4], woraus sich im Einzelnen mannichfache Consequenzen ergeben[5]. Alles dieses erscheint

nicht für die dinglichen Rechte im Allgemeinen gelten. Vgl. Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 49 fg. (1844), Böcking II § 156, Puchta § 142, Arndts § 128, Bangerow I § 301 Anm. in der 7. Aufl. (wo die Idee Fitting's [§ 67 Note 2] adoptirt ist, daß die Rückwirkung nichts sei, als Declaration des von allem Anfang wirklich vorhanden gewesenen Rechtszustandes, s. dawider Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. III S. 37 fg.).

§ 166. [1] Die Formel ist nicht erschöpfend richtig: doch genügt sie für diesen Ort, S. die Lehre von dem Erwerbe des Eigenthums durch Ersitzung (§ 176).

[2] Für die zuvor bezeichnete rechtliche Macht ist der Besitz als solcher keineswegs erforderlich, und daher ist es eine incorrecte, wenn gleich auch den Quellen geläufige Ausdrucksweise, wenn man sie als Folge der „bonae fidei possessio" bezeichnet. S. die Lehre von der Publiciana actio (§ 199).

[3] S. § 186.

[4] L. 49 D. de V. S. 50. 16, l. 52 D. de A. R. D. 41. 1.

[5] L. 136 D. de R. I. 50. 17 sagt: „Bona fides tantumdem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est". Eine lehrreiche Erläuterung dieses Satzes, welcher sich freilich nur als Resultat einer historischen Entwickelung darstellt, gibt für das Eigenthum Jhering Abhandlungen aus dem röm. Recht S. 88—121. Beispiele seiner Anwen-

in besonderer Ausbildung beim Eigenthum. Das Nähere gehört nicht hierher, sondern in die besondere Lehre theils von den einzelnen dinglichen Rechten, theils von den Rechtsverhältnissen, für welche sich jene Consequenzen geltend machen; doch mußte hier auf den allgemeinen Gesichtspunkt aufmerksam gemacht werden[6].

Viertes Kapitel.

Das Eigenthum*.

I. Begriff, Inhalt, Gegenstand.

§ 167.

Eigenthum bezeichnet, daß Jemandem eine (körperliche) Sache eigen ist, und zwar nach dem Rechte eigen ist; daher genauer statt Eigenthum Eigenthumsrecht[1]. Daß aber Jemandem eine Sache nach dem Rechte eigen ist, will sagen, daß sein Wille für

dung: der putative Eigenthümer hat die actio communi dividundo (l. 7 § 2 comm. div. 10. 3), eine actio in factum wegen Beschädigung nach Analogie der lex Aquilia (l. 11 § 8 l. 17 pr. D. ad leg. Aq. 9. 2), es geht gegen ihn die actio quod iussu, tributoria, de peculio (l. 1 § 8 D. quod iussu 15. 4, l. 1 § 5 D. de trib. act. 14. 4, l. 1 § 6 D. de pec. 15. 1), wenn der putative Eigenthümer etwas als Vater zur Dos gibt, so ist es dos profecticia (l. 6 § 1 D. de I. D. 23. 3) ꝛc. ꝛc. Vgl. auch § 181 Note 4. 5.

[6] Ist nicht die Rechtsstellung des redlichen Erwerbers als Recht an der Sache aufzufassen? So in verschiedenen Wendungen Savigny Besitz § 3 Nr. 2, Bruns in v. Holtzendorff's Encycl. § 38, Ihering Geist des röm. R. III. 1 § 61, Brinz in der Festgabe zum Arndts'schen Doctor-Jubiläum S. 71 fg. und Pand. 2. Aufl. § 143, Hartmann Rechte an eigener Sache S. 61 fg., Bülow Arch. f. civ. Pr. LXII S. 51 fg., Eisele das. LXVII S. 49 fg. Auch ich stehe nicht an, die Frage zu bejahen. Vgl. § 43 Note 4. Brinz a. a. O. erklärt die bonae fidei possessio für „Nutzeigenthum", für „bonitarisches Eigenthum" (ohne exceptio gegen die rei vindicatio). Dagegen Hartmann krit. VJSchr. XVIII S. 162 fg., Exner in Grünhut's Zeitschr. III S. 710 fg., Pernice Labeo II S. 194 fg., Bechmann Kauf I S. 388 fg.

* Gesterding ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum und solchen Rechten, die ihm nahe kommen S. 1—402 (1817). — Pütter die Lehre vom Eigenthume nach deutschen Rechten (1831). — K. Sell Römische Lehre der dinglichen Rechte oder Sachenrechte. I. Theil. Römische Lehre des

sie entscheidend ist in der Gesammtheit ihrer Beziehungen./ Dieß zeigt sich nach einer doppelten Richtung: 1) der Eigenthümer darf über die Sache verfügen, wie er will; 2) ein Anderer darf ohne seinen Willen über die Sache nicht verfügen[1a]./ Es lassen sich ferner einzelne Befugnisse namhaft machen, welche dem Eigenthümer kraft des Begriffs des Eigenthums zustehen, z. B. die Befugniß die Sache zu gebrauchen und zu nützen, die Befugniß jeden Dritten von aller Einwirkung auf dieselbe auszuschließen, die Befugniß sie von jedem dritten Besitzer abzufordern, die Befugniß ihr rechtliches Schicksal zu bestimmen (Veräußerungsbefugniß). Aber man darf nicht sagen[1b], daß das Eigenthum aus einer Summe einzelner Befugnisse bestehe, daß es eine Ver-

Eigenthums nebst Einleitung: von den dinglichen Rechten oder Sachenrechten überhaupt (1852). Vgl. darüber Dernburg in der Heid. krit. Zeitschr. I S. 138—158, Wächter II § 118 Note *. — Pagenstecher die römische Lehre vom Eigenthum in ihrer modernen Anwendbarkeit. 3 Abtheilungen (1857—1859). — Eine so gut wie monographische Darstellung der Lehre vom Eigenthum enthält auch Schmid Handbuch des gegenwärtig geltenden gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts. I. Bd. (1857). — Neuestens: Randa das Eigenthumsrecht nach österreichischem Recht mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts und der neueren Gesetzbücher. Erste Hälfte 1884. — Vgl. auch Landsberg die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthumsrecht (1883). Darüber: Seuffert Zeitschr. d. Sav.-Stiftung V S. 264 fg.

§ 167. [1] Andere wollen zwischen Eigenthum und Eigenthumsrecht unterscheiden. Leist (civilistische Studien. 3. Heft: über die Natur des Eigenthums [1859]) sucht den Gedanken zu begründen, das Eigenthum (Eigenthumsverhältniß) sei von der Autorität des positiven Rechts unabhängig, es stelle sich dar als „naturaler, factisch bestehender Verkehrsorganismus", und verleihe zwar keine Rechte, aber doch „materielle Befugnisse". S. dagegen Windscheid krit. VJSchr. I S. 294 fg., Böcking Grundr. II § 2 Anm.; aber auch wieder Leist naturalis ratio und Natur der Sache. Ein Nachtrag zu der Schrift über die Natur des Eigenthums. 1860. Schloßmann der Vertrag S. 299 fg. behauptet, Eigenthum im Gegensatz zum Eigenthumsrecht bezeichne die thatsächliche Möglichkeit des ausschließlichen Genusses der Sache, sei also gleich Besitz. (Ueber die Ansicht von Pagenstecher I § 1 f. Note 5.) — Der Ausdruck Eigenthum ist nach Stobbe II § 78 Note 6 nicht älter als das 14. Jahrhundert.

[1a] Man pflegt diese beiden Seiten des Eigenthums als positive und negative Seite zu bezeichnen. Bei näherer Betrachtung enthüllt sich aber auch das Dürfen des Eigenthümers als ein an die Gegenüberstehenden gerichtetes Verbot (§ 38).

[1b] Vgl. Randa § 1 Note 8.

bindung einzelner Befugnisse sei. Das Eigenthum ist die Fülle des Rechts an der Sache, und die einzelnen in ihm zu unterscheidenden Befugnisse sind nur Aeußerungen und Manifestationen dieser Fülle[2].

Das Eigenthum ist als solches schrankenlos[3]; aber es verträgt Beschränkungen. Aus der Gesammtheit der Beziehungen, in welchen kraft des Eigenthums die Sache dem Willen des Berechtigten unterworfen ist, kann durch eine besondere That des Rechts eine oder die andere Beziehung herausgenommen und dem Willen des Eigenthümers entzogen werden. Dadurch hört er nicht auf, Eigenthümer zu sein[4]; denn es ist immerhin wahr, daß er ein Recht hat, welches als solches seinen Willen entscheidend macht für die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen, und welches ihn jeder besonderen Rechtfertigung für irgend eine an der Sache denkbare Befugniß überhebt[5]. Fällt die Eigenthumsbe-

---

[2] In früheren Ausgaben ist gesagt worden, das Eigenthum sei nicht die Summe der an einer Sache denkbaren Befugnisse, sondern ihre Einheit, d. h., wie jede Einheit gegenüber ihren Bestandtheilen ein selbständiges Dasein habe (§ 1 Note 1, § 42 Note 2, § 57 Note 2, § 137 Note 4), so sei auch das Eigenthum ein anderes Recht als diese einzelnen Befugnisse. Dieß ist ganz richtig; nur ist dabei vor dem Mißverständniß zu warnen, als seien die Eigenthumsbefugnisse das Prius und das Eigenthum das Posterius. Man darf bei der Bestimmung des Begriffs des Eigenthums von den einzelnen in ihm enthaltenen Befugnissen auch nicht ausgehen. Das Eigenthum entsteht nicht durch die Zusammenfassung einer Mehrheit von Befugnissen zu einer Einheit, sondern es sind umgekehrt die einzelnen Eigenthumsverhältnisse nur kraft des Eigenthums da.

[3] Es ist die Negation der Beschränkung.

[4] L. 25 pr. D. de V. S. 50. 16. „Recte dicimus, (eum) fundum totum nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis (l. servitus) sit, ut via et iter. Nec falso dici, totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse". Vgl. § 200 Note 3 g. E., II § 342 Note 5, III § 654 Note 5. 16. 18. 22.

[5] Man muß also in die vollständige Definition des Eigenthums die Kategorie des „an sich" aufnehmen. Das Eigenthum ist dasjenige Recht, welches an sich den Willen des Berechtigten entscheidend für die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen macht. An sich; das will eben sagen: so lange das Recht den Spruch, den es in der Verleihung des Eigenthums gethan hat, nicht in dieser oder jener einzelnen Beziehung zurückgenommen hat. — Man hat sich in der neueren Zeit mit der Schwierigkeit, welche für die Bestimmung

schränkung weg, so entfaltet das Eigenthum sofort wieder seine ganze Fülle[6].

des Begriffs des Eigenthums daraus entsteht, daß dem Eigenthümer eine oder die andere der an der Sache denkbaren Befugnisse fehlen kann, ohne daß er aufhört, Eigenthümer zu sein, viel beschäftigt. Mit der hier vertretenen Auffassung stimmen überein Arndts § 130, Vangerow I § 295 Anm. 1, Bruns in v. Holtzendorff's Encycl. I § 31 Num. 2. In den früheren Auflagen dieses Lehrbuchs habe ich auf den Begriff der Einheit abgestellt; dieß findet seine Erläuterung, und soweit nöthig Correctur, in dem in Note 2 Gesagten. Andere Versuche, dem Wesen des Eigenthums gegenüber der bezeichneten Schwierigkeit gerecht zu werden, sind folgende. Böcking (II S. 9) sieht das Wesen des Eigenthums in „der Abstractheit und der mannigfaltigsten Bestimmungen fähigen Unbestimmtheit der Privatrechtsherrschaft des Subjects über die körperliche Sache" (er fügt hinzu „als bloßen und total als Gegenstand des Willens jenes"). Wirth Beiträge zur Systematik des röm. R. § 19—23 [1856]) glaubt damit helfen zu können, daß er das Eigenthum als „Pertinenzverhältniß" (im Gegensatz zu einem „Herrschaftsverhältniß") bezeichnet („die Sache ist gewissermaßen ein Stück meiner Persönlichkeit, ein verlängertes ego", S. 39). Ebenso Brinz 2. Aufl. I S. 470 fg: „Eigenthum ist die rechtliche Verbindung einer körperlichen Sache mit einer Person", — „eine den Naturkörper mit Rechtseigenschaft ausfüllende Verbindung der Sachen mit den Personen", — „eine Eigenschaft der Person". Pagenstecher I § 1 definirt das Eigenthum als „die den Körper der Sache erfüllende rechtliche Macht der Person"; vom Eigenthumsrecht und Rechten des Eigenthümers will er gar nicht geredet wissen; die aus dem Eigenthum fließenden Befugnisse würden zu „Rechten" erst dann, wenn der Nichteigenthümer sie erwerbe. Nach Girtanner (Jahrb. f. Dogm. III S. 67—72. 83—95, vgl. S. 242. 245. 295 fg.) ist das Eigenthum „das Recht an der Bestimmung der Sache", die Bestimmung der Sache ist aber, „in dem rechtlichen Willen als bloßes Object rein aufzugehen". Leist (civ. Studien III S. 49 fg. S. 11. 25. 46. 78. 132. IV S. 165): im Eigenthum „identificirt" das Subject die Sache oder die Sache „geht im Individuum auf"; „der Grund des Eigenthumsverhältnisses ist die Arbeit . . . wodurch die Sache als materiell und ihrer Substanz nach sujectivirt, und dann auch wieder allgemeinverständlich als subjectivirte objectivirt wird"; „die Sache ist materiell und definitiv mit der Person zusammengeschlossen"; „die Sache ist vollständig vom Subject assimilirt"; „der Mensch absorbirt gleichsam die Substanz, er nimmt der Sache ihre objective Selbständigkeit und zieht ihre Substanz in sich hinein". In der neueren Zeit ist mehrfach die Ansicht vertreten worden, das Eigenthum unterscheide sich von anderen dinglichen Rechten nur durch seinen relativ größeren Umfang. Es mischt sich hier der Gedanke ein, daß jede positive Rechtsordnung das Bedürfniß nach gesetzlichen Einschränkungen empfinden werde (§ 169). Hierher gehören Stobbe II § 78, Hartmann Rechte an der eigenen Sache S. 73 fg., Thon Rechtsnorm und subjectives Recht S.

Die Eigenthumsbeschränkungen sind von doppelter Art. Entweder beruhen sie auf einer allgemeinen Rechtsregel, oder auf dem erworbenen Rechte eines Dritten. Von den Eigenthumsbeschränkungen der ersten Art wird sofort näher gehandelt werden (§ 169); die Darstellung der Eigenthumsbeschränkungen der zweiten Art geht in der Darstellung der Rechte, auf welchen sie beruhen, auf (Kap. 5—7)[7].

§ 168.

Als Gegenstand des Eigenthums ist eine körperliche Sache bezeichnet worden. Dieß erleidet nur insofern eine Abweichung, als auch eine Gesammtheit von körperlichen Sachen den Gegenstand des Eigenthums bilden kann (§ 137 Note 4). Dagegen darf von einem Eigenthum an dem, was das römische Recht technisch mit dem Ausdruck res incorporalis bezeichnet, nicht geredet werden. Res incorporales in diesem Sinne sind Rechte (§ 42); wenn man Jemandem Eigenthum an Rechten zuschreibt, so kann das nur den Sinn haben, daß man diese Rechte als ihm zustehend bezeichnen will. Man soll also sagen: es steht ihm dieses Recht zu, nicht: er hat Eigenthum an diesem Rechte. Indem man die rechtliche Zuständigkeit eines Rechts als Eigenthum an einem Rechte bezeichnet, gibt man Veranlassung zur Uebertragung der für das Eigenthum geltenden Grundsätze auf Rechte, für welche andere Grundsätze maßgebend sind[1]. In demselben Sinne ist vor dem

---

161 fg. Ihering der Zweck im Rechte I S. 506 fg., Randa S. 1. Dawider Binding krit. VJSchr. XXI S. 572 fg. S. ferner noch Note 7. Ueber A. Samter der Eigenthumsbegriff (1878) vgl. Baron krit. VJSchr. XXI S. 280 fg.

[6] S. z. B. § 4 I. de usufr. 2. 4, l. 3 § 2 l. 54 D. eod. 7. 1, l. 3 pr. C. eod. 3. 33.

[7] Man findet wohl die Auffassung, daß die Eigenthumsbeschränkungen dieser letzteren Art Beschränkungen nicht sowohl des Eigenthums, als seiner Ausübung seien, und auch dieser Gesichtspunkt ist zur Lösung der in Note 5 bezeichneten Schwierigkeit verwerthet worden. Bremer Pfandrecht und Pfandobject S. 144 Note 1, Reuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 55, Bruns in v. Holtzendorff's Encycl. I § 33 Num. 2, s. auch Lenel über Ursprung und Wirkung der Exceptionen S. 13. Dagegen Bürkel krit. VJchr. XI S. 212. Vgl. auch § 169 Note 1.

[1] Randa § 1 Note 14. Doch vertheidigen den Ausdruck in diesem § 168. weiteren Sinn Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 361. 373. 401. Urteile des

Ausdruck geistiges Eigenthum zu warnen; Geistesproducte sind Dinge ganz anderer Art, als körperliche Sachen, und dürfen daher nicht mit diesen unter die gleichen Regeln gestellt werden (§ 137 Note 10)[1a].

Das Eigenthumsrecht an Grundstücken erstreckt sich auf den unter und über dem Grundstück befindlichen Raum, so wie auf die unter der Erdoberfläche befindlichen Fossilien[2].

II. Gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums*.

§ 169.

Die rücksichtslose Durchführung der Consequenz des Eigenthumsbegriffes ist ohne erhebliche Uebelstände nicht möglich; kein positives Recht wird umhin können, von dieser Consequenz Dieses

---

Reichsger. S. 152, Reuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 52, Schott der obligatorische Vertrag unter Abwesenden S. 42. Daß auch die Quellen den Ausdruck dominium in diesem Sinne gebrauchen, ist bereits bemerkt worden (§ 165 Note 1). Vgl. Unger I S. 513 Note 8. — Ein von der bloßen Zuständigkeit verschiedenes Eigenthum an Rechten nimmt Duroi Arch. f. civ. Pr. VI S. 278—306 in dem Sinne an, daß auf gewisse Rechte Grundsätze vom Eigenthum analogisch angewendet würden. Vangerow I § 113 Anm. Nr. 2.

[1a] Ueber das s. g. Bergwerkseigenthum vgl. Roth bayr. Civilr. III S. 14 fg., Stobbe II § 143 Num. 5. Man versteht darunter den „Inbegriff der Befugnisse, welche in Folge der Verleihung auf bergmännische Förderung des verliehenen Minerals in einem Bergwerk zustehen" (Roth a. a. O.).

[2] S. § 139 Note 3. Jhering Jahrb. f. Dogm. VI S. 89 fg. beschränkt die Erstreckung des Eigenthums in die Höhe und die Tiefe auf das praktische Bedürfniß, das Interesse des Eigenthümers; ebenso Hesse das. S. 393 fg.: so weit der Raum „für die menschliche Kraft erreichbar und für das Eigenthum von Interesse ist". M. A. läßt sich diese Beschränkung nur vertheidigen aus dem Gesichtspunkt des Verbotes der Chicane, welchen Gesichtspunkt übrigens auch Jhering wiederholt geltend macht. Vgl. auch Dernburg Preuß. Privatr. I § 215 Note 3. — Was die Fossilien angeht, erleidet das Recht des Grundeigenthümers eine Beschränkung durch das Bergregal und die staatliche Berghoheit S. § 169 Note 22 und vgl. Stobbe § 143 Num. 2, Roth bayr. Civilr. III S. 12. 16.

* Dirksen Zeitschr. f. gesch. RW. II S. 16 (1816). Bekker Jahrb. d. gem. R. V S. 147 fg. (1861). Werenberg Jahrb. f. Dogm VI S. 1 fg. (1863). Jhering das. VI S. 81 fg. (1863). Hesse das. VI S. 377 (1863). Hoffmann Arch. f. prakt. RW. N. F. I S. 241 fg. (1864). Pagenstecher I § XIII—XV. Schmid I S. 17—32, Randa § 5, Vangerow I § 297—300, Sintenis

oder Jenes abzubrechen, so daß der Eigenthümer in dieser oder jener Beziehung über seine Sache nicht verfügen darf, in dieser oder jener Beziehung sich die Verfügung eines Andern gefallen lassen muß. Das bei einer solchen Eigenthumsbeschränkung stattfindende Rechtsverhältniß kann im Einzelnen noch verschieden sein. Es kann sein, daß der Eigenthumsbeschränkung eine Privatberechtigung gegenübersteht; (aber nothwendig ist das nicht, wie z. B. wenn ein Gesetz für den Häuserbau die Einhaltung einer gewissen Höhe vorschreibt.) Steht ihr eine Privatberechtigung gegenüber, so kann dieselbe entweder eine obligatorische[1], oder eine dingliche sein[2].

Die im römischen Rechte vorkommenden gesetzlichen Eigen-

I S. 476—478, Böcking II § 140, Brinz 2. Aufl. I § 132—134, Wächter II § 119.

[1] Eine obligatorische. In diesem Falle muß man aber, wenn man genau § 169. sein will, nicht von einer Beschränkung des Eigenthums, sondern von einer Beschränkung der Ausübung des Eigenthums reden. Vgl. § 167 Note 7. Daß eine Eigenthumsbeschränkung bloß obligatorisch wirken könne, leugnet Brinz 2. Aufl. I S. 479.

[2] Eine dingliche, also ein Recht an fremder Sache. Das Recht an fremder Sache ist eine mögliche Form der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung (a. M. Dernburg Heid. krit. Zeitschr. I S. 140, s. auch Randa Note 1). Aber nicht alle Rechte an fremder Sache, welche auf Gesetz beruhen, sind gesetzliche Eigenthumsbeschränkungen. Der gesetzliche Nießbrauch z. B., wie der des Vaters am Vermögen der seiner Gewalt unterworfenen Kinder, hat mit der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung nichts gemein. Der Grund ist, weil hier das Recht das Principale ist, aus dem Recht die Eigenthumsbeschränkung sich erst ergibt, während bei der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung die Beschränkung das Principale ist, das Recht nur deren Kehrseite. Daraus rechtfertigt sich der hier in Betreff des Ausdrucks gesetzliche Eigenthumsbeschränkung befolgte einengende Sprachgebrauch, während es freilich auf der Hand liegt, daß an und für sich auch bei dem auf Gesetz beruhenden Rechte an fremder Sache, wie bei jedem Rechte an fremder Sache, eine Eigenthumsbeschränkung vorhanden ist. — Aus dem Gesagten geht hervor, daß, wenn man früher die gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungtn geradezu als gesetzliche (Legal-) Servituten bezeichnete, man einen doppelten Fehler beging. So wenig wie jede gesetzliche Eigenthumsbeschränkung eine gesetzliche Servitut ist, so wenig ist jede gesetzliche Servitut eine gesetzliche Eigenthumsbeschränkung. — Ueber die besondere Ansicht Bekker's a. a. O. S. 151—154. 190. 191: das Wesen der gesetzlichen Servitut bestehe darin, daß das Eigenthum durch gesetzliche Vorschrift nicht von vorne herein, kraft seiner Existenz, sondern erst kraft einer besonderen Thatsache beschränkt sei, s. die früheren Auflagen dieses Lehrbuchs und

thumsbeschränkungen sind heutzutage nicht alle mehr praktisch[3]; die noch praktischen sollen im Folgenden genannt werden[4]. Eine besonders wichtige Gruppe unter ihnen bilden diejenigen, welche im Interesse des Nachbarverhältnisses eingeführt sind (s. g. Nachbarnrecht[5]); mit ihnen wird hier begonnen[6].

Bekker Aktionen II S. 364 fg. Vgl. noch Elvers röm. Servitutenlehre § 33, Roth bayr. Civilr. II S. 232. 233.

[3] S. die bei Böcking I. A. 1. 2, I. C. 1. 2, II. B. 1 genannten. Vgl. übrigens Bekker S. 195. 196; auch Werenberg S. 40 Note 16. S. 46. Ueber die in deutschen Rechtsquellen vorkommenden — nicht gemeinrechtlichen — gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen vgl. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Mittermaier I § 167, Gerber § 86. 87, Beseler § 93, Stobbe II § 83—86, und Roth bayr. Civilrecht II S. 72 fg.

[4] Ist zu denselben nicht hinzuzufügen, daß der Eigenthümer bei Anlagen auf seinem Grundstück eine gewisse Grenze von des Nachbars Grundstück einhalten muß? Allerdings wird dieß in l. 13 D. fin. reg. 10. 1 im Princip anerkannt, ohne daß jedoch die Einzelnheiten des daselbst angeführten solonischen Gesetzes als römisches Recht bezeichnet würden. Vangerow a. a. O. Nr. 12, Sintenis I § 47 Anm. 33, v. Langenn u. Kori Erörterungen II Nr. 23, Hesse in der in der folgenden Note citirten Schrift S. 287—291, Roth bayr. Civilr. II § 126 Note 2. Seuff. Arch. V. 107, VII. 281, XXXII. 112, XXXV. 4; anders V. 141, XXXIV. 12. Vgl. XXXIII. 202. — Aus dem neueren Reichsrecht treten hinzu die Eigenthumsbeschränkungen, welche beruhen auf: Reichsges. 21/12 71 (s. g. Rayongesetz), Reichsges. 28/10 71 (Postgesetz) § 17, Reichsgewerbeordnung 21/6 69 § 16 fg. Mandry § 32. — Keine Eigenthumsbeschränkung ist es, wenn der Eigenthümer zu einem Thun verpflichtet ist. Daher darf unter den Eigenthumsbeschränkungen nicht aufgeführt werden die Verpflichtung, eine einem Andern unentbehrliche Wegegerechtigkeit zu gewähren, welche Verpflichtung in einer einzelnen Anwendung in l. 12 pr. D. de rel. 11. 7 anerkannt ist. Der Eigenthümer ist hier zum Abschluß eines Vertrags verpflichtet. Vgl. l. 14 § 1 D. quemadm. serv. 8. 6 und Bekker S. 109. 200.

[5] Hauptsächlich mit diesem Gegenstand beschäftigen sich die Abhandlungen von Werenberg, Jhering, Hesse und Hoffmann. S. außerdem Seuffert Erörterungen II Nr. 2, Hesse über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn (1880), namentlich Abschn. IX—XI (erste Aufl. Band 2 Abth. 2).

[6] An und für sich ist der Nachbar nicht genöthigt, auf die Interessen des Nachbars Rücksicht zu nehmen; er braucht sich z. B. beim Bauen nicht daran zu kehren, ob dadurch der Nachbar sein Licht verliert, beim Graben nicht daran, ob dadurch dem Nachbar das Wasser abgeschnitten wird (l. 9 D. de S. P. U. 8. 2, l. 8. 9 C. de serv. 3. 34, l. 24 § 12 l. 26 D. de damno inf. 39. 2, l. 1 § 12 D. de aqua et aquae 39. 3, [l. 10 D. de S. P. U. 8. 2, l. 30 D. de usufr. 7. 1 erklären sich aus dem Rechte des Vermächtnisses,

1. Der Eigenthümer eines Grundstücks muß sich von Seiten des Nachbars eine nicht ungebührliche Einwirkung auf dasselbe oder in den darüber befindlichen Raum, z. B. durch Rauch, Dampf, Staub, wie sie die Folge der durch die Natur des benachbarten Grundstücks gegebenen gewöhnlichen Benützung ist, gefallen lassen[7].

l. 11 pr. D. de S. P. U. 8. 2 und l. 12 § 1 C. de aed. priv. 8. 10 reden von einer Verjährung, vgl. l. 1 C. de serv. 3. 34]). Seuff. Arch. XXVI. 107. Nur darf der Nachbar nach einem allgemeinen für die Rechtsausübung geltenden Grundsatz (§ 121 Note 3), was er thut, nicht zur Chicane des Nachbars thun; und ferner versteht es sich von selbst, daß er seine Sache nicht in einer Weise gebrauchen darf, daß dadurch auf die benachbarte Sache (oder in den darüber befindlichen Raum [§ 139 Note 3, § 168 Note 2]) eingewirkt wird, z. B. durch Eindringen von Rauch, Hinüberfliegen von Steinstücken (l. 8 § 5 D. si serv. 8. 5, l. 1 § 17 D. de aqua et aquae 39. 3, l. 19 pr. [vgl. l. 18] D. de S. P. U. 8. 2). Man hat auch hierin eine gesetzliche Eigenthumsbeschränkung gesehen; Bekker (a. a. O. S. 166) sagt mit Recht, es sei dieß ebenso wenig eine Eigenthumsbeschränkung, „wie es eine Eigenthumsbeschränkung des Herrn der Schafe ist, daß er sie nicht nach Belieben wo er will auf die Weide treiben darf". Umgekehrt ist es eine Eigenthumsbeschränkung, wenn der Nachbar von seinem Verbietungsrecht in dieser Beziehung keinen unbedingten Gebrauch machen darf; s. das im Text sogleich Folgende.

[7] Die für diese vielbesprochene Frage verwerthbaren Entscheidungen der Quellen sind folgende. 1. Der Eigenthümer darf auf seinem Grundstück „fumum non gravem, puta ex foco" machen; dagegen darf er nicht: „ex taberna casearia fumum in superiora aedificia . . (immittere), nisi ei rei (serviunt)". L. 8 § 5. 6 D. si serv. 8. 5. 2. Der Eigenthümer eines Hauses darf in demselben Wasser zu Bade- und anderen Zwecken verwenden, wenn auch dadurch des Nachbars Mauer feucht wird, aber er darf keine Einrichtung treffen, die „assiduum humorem habeat". Arg. l. 19 pr. D. de S. P. U. 8. 2. 3. Unerlaubt ist die Anlegung einer Düngergrube, wodurch des Nachbars Mauer feucht wird. L. 17 § 2 D. si serv. 8. 5 (nach der Auslegung, nach welcher die Stelle von der actio negatoria spricht, s. übrigens Bekker S. 185 fg.). Vgl. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock VII Nr. 14. 25. Blätter für RAnwendung zunächst in Bayern, zweiter Ergänzungsband S. 37 fg. 4. Unerlaubt ist es, auf seinem Grundstück in der Weise Steine zu hauen („lapidem caedere", wohl: in einem Steinbruch), daß die Splitter auf des Nachbars Grundstück hinüberfliegen. L. 8 § 5 D. si serv. 8. 5. — Uebereinstimmend mit dem im Text Gesagten im Wesentlichen: Spangenberg Arch. f. civ. Pr. IX S. 270. 271, Bekker S. 166—167, Ihering S. 93. 104—105. 119—120, Hoffmann S. 278—280, Pagenstecher I S. 121, Schmid S. 18—19, Vangerow I § 297 Anm. Nr. 2, Sintenis

2. Ebenso muß er sich die Ausbauchung der Mauer des Nachbars gefallen lassen, wenn diese Ausbauchung unter einem halben Fuß beträgt[8].

I § 47 Note 31, Burckhard Cautio damni infecti S. 193 fg., Roth bayr. Civilr. II S. 41 fg. Vgl. auch Pfaff zur Lehre von Schadenersatz und Genugthuung nach österr. R. S. 49 fg., Randa § 5 Note 28. 30. Seuff. Arch. III. 7, XV. 2 (Gasfabrik); VIII. 346 (Ziegelei); XI. 14 (Seifen- und Lichtfabrik); XI. 114 (Dampfmühle); XII. 124, XIII. 235, XIV. 208 vgl. X. 164, XXXIII. 205 (Eisenbahnbetrieb, vgl. Kuntze zu Holzschuher II S. 98); XVIII. 11 (Lohschneidemaschine); XXVII. 208, XXX. 4, XXXVIII. 6 (Dampfmaschine, s. auch Entscheid. des RG. VII S. 266); XXIX. 218 (Düngeranlage); XXXI. 116 (Anilinfabrik); XXXI. 312 (Dreschmaschine); XXXII. 18 (Zuckerfabrik); XXXIII. 5 (Taubenschlag); IX. 218, XXXIV. 181, XXXIX. 194 (besondere Gewerbe und eigenthümliche Vorrichtungen im Allgemeinen); XXI. 208 (Rauchbelästigung überhaupt, auch ohne besonderes Gewerbe); XXXIV. 94 (Schießbahn mit hinüberfliegenden Kugeln); XXXIV. 99 (das Hinüberflattern von Wäschestücken und das Herabfallen von Wassertropfen aus denselben muß geduldet werden). Dagegen wird die Kategorie des aus der gewöhnlichen Benützung sich Ergebenden verworfen von Hesse a. a. O. S. 423 (s. auch Jahrb. f. Dogm. VII S. 113 fg.), welcher seinerseits unterscheiden will (S. 383 fg. S. 400 fg.), ob die Einwirkung auf des Nachbars Grundstück eine nothwendige und unter allen Umständen eintretende Folge der Thätigkeit des Eigenthümers ist, so daß sie von dem Eigenthümer vorhergesehen werden konnte, oder nicht; in dem ersten Falle sei die Einwirkung unbedingt widerrechtlich, in dem zweiten Fall ein Schadensersatzanspruch nach dem Recht der cautio damni infecti begründet. Diese Unterscheidung zwischen den natürlichen und unmittelbaren, und den erst durch hinzutretende Umstände vermittelten Folgen der Thätigkeit des Eigenthümers wird auch in dem Urtheil des OAG. zu Rostock bei Buchka und Budde Entscheidungen IV S. 108 fg. in der Weise verwerthet, daß dasselbe die actio negatoria für begründet nur gegenüber einer Einwirkung erklärt, welche die nothwendige Folge der Thätigkeit des Eigenthümers ist. S. auch Hagemann prakt. Erörterungen VII S. 384 fg., Arch. f. prakt. RW. VII S. 479, Holzschuher II § 91 Nr. 12. c. Dagegen Seuff. Arch. III. 7, IX. 218, XI. 114, XV. 2, XVI. 8, XVIII. 11, XXI. 208, XXIX. 218, XXX. 4. 233, XXII. 18 a. E. — Vgl. noch XIV. 113, Blätter f. RAnwendung zun. in Bayern XXXII S. 410 fg., XXXVI S. 392 fg. — Obrigkeitliche Concession der Anlage macht keinen Unterschied. Roth bayr. Civilr. II § 48 Note 77. Doch schließt sie nach der deutschen Reichsgewerbeordnung 21 6 69 § 26 den Anspruch auf Einstellung des Gewerbebetriebes aus, und läßt, wenn die Beseitigung der nachtheiligen Einwirkungen unthunlich oder mit einem gehörigen Betriebe des Gewerbes unvereinbar ist, nur einen Anspruch auf Schadloshaltung übrig. Vgl. Mandry S. 370. Seuff. Arch. XXVI. 12, XXXIV. 95, XXXVIII. 159, XL. 9.

[8] L. 17 pr. D. si serv. 8. 5. Besondere Meinungen bei Sintenis I

3. Er muß dem Nachbarn das Betreten seines Grundstücks zum Zweck des Abholens hinübergefallener Baumfrüchte an jedem dritten Tag (einen um den andern Tag) gestatten[9].

4. Einen Baum, welcher über des Nachbars Haus hinüberhängt, soll der Eigenthümer abschneiden; thut er es nicht, so muß er dem Nachbarn gestatten, es zu thun, und dieser darf dann das Holz für sich behalten. Hängt der Baum über ein fremdes Ackergrundstück hinüber, so soll der Eigenthümer die Aeste bis zur Höhe von 15 Fuß abschneiden, widrigenfalls dieselbe Folge eintritt[10].

---

§ 47 Note 33 a. E. (dagegen Vangerow § 297 Nr. 9, Böcking Note 48), Pagenstecher S. 138, Bekker S. 167, Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII S. 127. XXII S. 180—184. Seuff. Arch. XXIII. 210.

[9] Diese Verpflichtung ist lediglich obligatorischer Natur — interdictum de glande legenda, Dig. 43. 28. Der Eigenthümer der Früchte muß aber Caution wegen etwaiger Beschädigung stellen. Ueber den Sinn des „tertio quoque die" ist Streit (namentlich ob Zwischenraum von einem oder von zwei Tagen), vgl. Schmid I S. 22—23, Vangerow § 297 Nr. 3, Böcking Note 40 und die daselbst Citirten, Wächter S. 16. — Schmid S. 22—24 bestreitet die gemeinrechtliche Bedeutung der Bestimmung, weil der Satz des deutschen Rechts, daß überhangende und überfallende Früchte dem Nachbar zu eigen gehören, gemeinrechtlich geworden sei. Die neueren Germanisten behaupten das nicht mehr; s. die Lehrbücher von Eichhorn § 173, Mittermaier I § 165, Gerber § 91 Nr. 3, Beseler § 89 Nr. IV, Stobbe § 85 Nr. 8. c.

[10] Das Abschneiden des Ueberhangenden, soweit es überhängt, kann der Nachbar schon kraft seines Eigenthumsrechts (actio negatoria, vgl. l. 2 D. de arb. caed. 43. 27) verlangen. Hierin also liegt eine Beschränkung des Eigenthums am Baum (am Grundstück) nicht; sie liegt erst in der weitergehenden Vorschrift, daß dem Nachbarn das vollständige Abschneiden der Zweige bez. des ganzen Baums gestattet werden muß. Auch diese Verpflichtung ist lediglich obligatorischer Natur, interdictum de arboribus caedendis, Dig. 43. 27. Seuff. Arch. XI. 115, vgl. XII. 7. — Bekker (S. 168—171) leugnet die Eigenthumsbeschränkung ganz, indem er sie auf Seiten desjenigen, über dessen Grundstück der Baum hinüberhängt, sucht. Viele nehmen nämlich an, daß derselbe die Zweige unter 15 Fuß dulden müsse. Dieß bestreitet Bekker mit Recht. — Uebrigens ist über den wahren Inhalt der zweiten der angeführten Bestimmungen viel Streit; es handelt sich um die Auslegung der Worte „quindecim pedes a terra altius" in l. 1 § 7 D. tit. cit. Andere Auslegungen sind: 1) es müssen die Zweige jenseits der Höhe von 15 Fuß abgeschnitten werden; 2) es muß der ganze Baum jenseits der Höhe von 15 Fuß abgeschnitten werden. Vgl. Schmid S. 25—26, Vangerow § 297 Nr. 4,

5. Der Eigenthümer darf auf seinem Feldgrundstücke keine Veranstaltung treffen, durch welche der natürliche Lauf des Regenwassers zum Nachtheil des Feldnachbars abgeändert wird; thut er es, so kann Wiederherstellung von ihm verlangt werden[11]. Ist die Veränderung des Wasserlaufs nicht von ihm ausgegangen, so ist er verpflichtet, dem Nachbar die Wiederherstellung zu gestatten[12]. — Vorschriften, welche den Eigenthümer eines Grundstücks in der Benützung eines auf demselben befindlichen Privatgewässers im Interesse der anschießenden Grundeigenthümer beschränken, gibt es im römischen Rechte nicht; dieselben gehören erst der modernen Particulargesetzgebung an[13].

6. Der Eigenthümer darf auf seinem Grundstück keinen Bau vornehmen, durch welchen der Tenne des Nachbars der Luftzug entzogen wird[14].

Böcking Nr. 2 und die an diesen Orten Citirten. — Wächter II S. 13 fg. nimmt an, daß die genannten Bestimmungen nicht bloß im Falle des Ueberhangens, sondern auch dann Platz greifen, wenn der Baum so nahe an der Grenze stehe, daß er dem benachbarten Grundstück schade.

[11] Mit einem obligatorischen Anspruch, actio aquae pluviae arcendae Dig. 39. 3. — Liegt aber hier nicht vielmehr Einwirkung auf die fremde Sache, und daher keine Eigenthumsbeschränkung vor? So Bekker S. 176 fg. Derselbe behauptet demnach, daß mit der actio aquae pluviae arcendae die negatoria actio concurrire, und beruft sich dafür auf l. 1 § 17 D. tit. cit., welche Stelle aber doch wohl nur von dem Dachabfluß spricht. S. auch Brinz 2. Aufl. I S. 480. — Für die negatoria Seuff. Arch. X. 169. 259. — Näher von der actio aquae pluviae arcendae II § 473.

[12] L. 2 § 5 6 l. 11 § 2 l. 12 D. de aqua et aquae 39. 3. Für Bekker (S. 185) ist dieß gesetzliche Servitut (vgl. Note 2).

[13] Das römische Recht gibt eine Reihe von Vorschriften über die Benützung der flumina publica, nimmt aber von diesen Vorschriften die flumina privata, und um so mehr die rivi, ausdrücklich aus (l. 1 § 4 D. de flum. 43. 12, l. 1 § 2 D. ne quid in flum. publ. 43. 13, vgl. l. 1 § 1 D. de ut in flum. publ. 43. 14), und gibt dafür als Grund an: „nihil enim differt a ceteris locis privatis flumen privatum“ (l. 1 § 4 de flum.). Es ist jedoch nicht unbestritten, daß das römische Recht die Bäche (rivi) den flumina privata gleichstellt, s. § 146 Note 7. Andere leiten bei Anerkennung dieser Gleichstellung bereits aus dem römischen Recht den Grundsatz her, daß die an ein fließendes Gewässer anschießenden Grundeigenthümer sich im Interesse der gemeinen Benützung zu beschränken haben. S. die Literaturangaben § 146 Note 5 und im Besonderen die bei Rappeler (das.) S. 97. 98 Genannten. Stobbe II § 141. Roth bayr. Civilr. III § 282 fg.

[14] L. 14 § 1 C. de serv. 3. 34. Vangerow § 297 Nr. 6, Schmid

7. Was aus des Nachbars Grundstück in oder über das seinige hinüberragt, darf der Eigenthümer nicht selbst beseitigen, sondern muß dagegen klagend auftreten[15].

8. Der Eigenthümer ist zum Schadensersatz verpflichtet[16], wenn er auf sein Grundstück in einer Weise einwirkt, welche, obgleich sie eine Einwirkung auf des Nachbars Grundstück oder in den darüber befindlichen Raum nicht enthält, doch dem Nachbarn positiv schädlich ist[17] — jedoch nur unter der doppelten Voraussetzung, daß der Nachbar vor der Veranstaltung ein Schadensersatzversprechen von ihm erlangt hat[18], und daß der Eigenthümer mit solchen Veranstaltungen über die Grenzen der gewöhnlichen, durch die Natur des Grundstücks gegebenen Benützung hinausgeht[19.20] —

S. 27. 14. Seuff. Arch. XVI. 98, XXXVI. 107. Bekker S. 191 nimmt auch hier gesetzliche Servitut an.

[15] L. 6 § 2 D. arb. furt. caes. 47. 7, l. 29 § 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 17 pr. D. si serv. 8. 5, l. 1 C. de interd. 8. 1.

[16] Auch in der Verpflichtung zum Schadensersatz liegt eine Eigenthumsbeschränkung; durch die Auferlegung dieser Verpflichtung wird ausgesprochen, daß der Eigenthümer etwas nicht thun dürfe. L. 151 D. de R. I. 50. 17.

[17] Beispiel: „si tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit", l. 24 § 12 D. de damno inf. 39. 2. Durch dieses Graben wird auf den Körper des benachbarten Grundstücks weder direct noch indirect eingewirkt, aber es wird demselben eine Eigenschaft entzogen, die Eigenschaft der Tragfähigkeit. Seuff. Arch. VII. 185, IX. 34, XXV. 219, XXXI. 41. 334, XXXIII. 28. 30. 31. 229. Vgl. XXXII. 14 (Entscheidungen des OAG. zu Rostock VIII Nr. 14), XXXIV. 38, auch XXIX. 9, XXX. 150, XXXIV. 267. 306, XXXV. 32, XXXIX. 90 (kein Schadensersatzanspruch bei lucrum cessans). Vgl. II § 460 Note 5. — Veranstaltungen, durch welche auf das benachbarte Grundstück eingewirkt wird, sind einfach Eigenthumsverletzungen.

[18] Cautio damni infecti. L. 24 § 12 l. 26 D. de damno inf. 39. 2. Zur Leistung dieser Caution ist der Eigenthümer verpflichtet. Sie geht auf Leistung des gesammten Interesse, also nicht bloß auf Ersatz des durch die Verletzung der Integrität des Grundstücks entstandenen Schadens. L. 5 § 2 l. 18 § 10 l. 28 l. 37 D. de damno inf. 39. 2. Vgl. überhaupt II § 460. — Uebereinstimmend im Allgemeinen (vgl. Note 7) Hesse a. a. OO. und Reinhard Arch. f. civ. Pr. XXX S. 216 fg.

[19] Diese Beschränkung ergibt sich mit Nothwendigkeit daraus, daß innerhalb der bezeichneten Grenzen der Nachbar sich selbst Immission gefallen lassen muß (Ziff. 1). Burckhard Cautio damni infecti S. 231, indem er bei dem unmittelbaren Inhalt der l. 24 § 12 cit. stehen bleibt, verlangt auch Verletzung der Substanz des Grundstücks.

Nicht auf dem Nachbarnverhältniß beruhen folgende Eigenthumsbeschränkungen.

9. Wie der Eigenthümer verpflichtet ist, das Betreten seines Grundstücks dem Nachbarn zum Zweck des Abholens der hinübergefallenen Baumfrüchte zu gestatten, so hat er die gleiche Verpflichtung überhaupt gegen Jeden, dessen Sachen sich auf seinem Grundstück befinden[21].

10. Er ist verpflichtet, Nachgrabungen nach Fossilien auf seinem Grundstück zu gestatten gegen Abgabe von einem Zehntel des Ertrags (ein zweites Zehntel muß dem Fiscus abgegeben werden)[22].

---

[20] Welche Rechte hat der Nachbar gegenüber der Erregung von Geräusch und widrigen Gerüchen? Der Gesichtspunkt der cautio damni infecti führt nur zum Ersatz des angerichteten Schadens, nicht zum Schutz gegen bloße Belästigung, und auch zum Ersatz des Schadens nur dann, wenn der Eigenthümer eine Veranstaltung (opus) an dem Grundstück getroffen hat. Aber greift nicht der Gesichtspunkt der Einwirkung Platz (Erregung von Schallwellen in dem Raum über des Nachbars Grundstück, Hineintreiben von gasförmigen Körpern)? Dawider Spangenberg S. 271, Pagenstecher S. 120, Hesse Rechtsverhältnisse I S. 36 fg. (Jahrb. S. 425). Für unerlaubt erklären die Erregung von Geräusch und widrigen Gerüchen Jhering (S. 111. 112. 121. 127) und Hoffmann (S. 270), obgleich auch sie den Gesichtspunkt der Immission nicht geltend machen, ferner Dernburg Preuß. Privatr. I § 220 Note 21, — die Erregung von Gerüchen Gesterding Ausbeute III S. 398 fg., Bruns in von Holtzendorff's Encycl. I S. 298 (4. Aufl. S. 441), Roth bayr. Civilr. II § 118 Note 69. Ein bedeutendes Argument für die Unerlaubtheit der Erregung von Gerüchen, aber auch für die Unerlaubtheit aus dem Gesichtspunkt der Immission, enthält l. 2 § 29 D. ne quid in loco publ. 43. 8 in Verbindung mit pr. § 26—28 eod. Seuff. Arch. XXXII. 18, XXXIV. 11. Für die Erlaubtheit der Erregung von Lärm Roth a. a. O. § 125 Note 28, Seuff. Arch. XII. 123; für die Unerlaubtheit Entscheid. des RG. VI S. 218 (= Seuff. Arch. XXXIX. 7), s. auch Randa § 5 Note 33. Erschütterungen: Seuff. Arch. XII. 124, XXVII. 208, XXXV. 99. Roth a. a. O. § 118 Note 81.

[21] Auch diese Verpflichtung ist eine rein obligatorische. Die Quellen geben ein interdictum prohibitorium oder actio ad exhibendum. L. 15 D. ad exh. 10. 4, l. 9 § 1 D. de damn. inf. 39. 2, l. 5 § 3 l. 9 § 1 D. ad exh. vgl. l. 5 § 4. 5 eod., l. 25 D. de A. E. V. 19. 1. Der Betreffende muß aber cautio damni infecti leisten (II § 456 Ziff. 8). Seuff. Arch. IV. 10. 11. Die Verwechslung, kraft deren Bekker (S. 164) auch hier die Eigenthumsbeschränkung leugnet, ist bereits oben Note 9 bezeichnet worden.

[22] L. 3. 6 C. de metall. 11. 7 [6]. Vgl. l. 13 § 1 D. comm. praed. 8. 4.

11. Der Eigenthümer eines Grundstücks, welches an einen öffentlichen Fluß anschießt, muß sich gefallen lassen, was das Interesse des Flußverkehrs erfordert[23].

12. Der Eigenthümer von Baumaterialien und Rebpfählen, welche in ein fremdes Grundstück verwendet sind, darf dieselben nicht zurückfordern; dafür hat er einen Entschädigungsanspruch auf das Doppelte[24].

Ueber die gesetzlichen Beschränkungen des Veräußerungsrechts s. § 172a.

III. Miteigenthum*.

§ 169a.

Aus dem Begriff des Eigenthums folgt, daß an einer und derselben Sache ein mehrfaches Eigenthum nicht bestehen kann[1].

Dagegen kann das Eine Eigenthum, welches an einer Sache möglich ist, mehreren Personen zustehen; wir sprechen in einem solchen Fall von Miteigenthum[2]. Das dabei stattfindende Verhältniß ist näher so zu denken, daß keiner der Eigenthümer ohne den Willen des andern auf die Sache einwirken darf[3]; auf die

---

Wo in Deutschland das Bergregal oder die staatliche Berghoheit besteht, hängt das Recht, nach (gewissen) Fossilien zu graben, von einer staatlichen Verleihung oder Concession ab. Vgl. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Beseler § 203, Gerber § 95, Stobbe II § 142.

[23] § 4 I. de R. D. 2. 1. Bekker S. 200. Vgl. § 146 Note 14.

[24] Dig. 47. 3 de tigno iuncto, l. 23 § 6. 7 D. de R. V. 6. 1, l. 6. 7 pr. D. ad exh. 10. 4, l. 7 § 10 D. de A. R. D. 41. 1. Vgl. § 188 Note 10—18.

* Steinlechner das Miteigenthum in seinen principiellen Einzelbeziehungen (zweite Abtheilung der § 51 Note * citirten Schrift). 1878. Eisele zur Lehre vom Miteigenthum, Arch. für civ. Pr. LXIII S. 26 fg. (1880). Rümelin die Theilung der Rechte S. 38 fg. (1883). Randa § 9.

[1] L. 5 § 15 D. commod. 13. 6: — „duorum . . . in solidum dominium vel possessionem esse non posse“. § 169a.

[2] Die Ausdrücke condominium und condominus sind nicht römisch. Die Quellen haben für Miteigenthum und Miteigenthümer keine anderen Bezeichnungen als die allgemeinen: communio und socius. (Doch ist die Zusammensetzung in jenen Ausdrücken nicht sprachwidrig, vgl. z. B. confideiussor in l. 10 pr. D. de fidei. 46. 1 und das häufig vorkommende contutor.)

[3] L. 28 D. comm. div. 10. 3. „Sabinus ait, in re communi neminem dominorum iure facere quidquam invito altero posse. Unde mani-

Größe der Antheile kommt es dabei nicht an, und ebenso wenig entscheidet die Majorität. Jedoch[3a] wird dieser Satz nicht in abstracter Consequenz durchgeführt[3b] und im Besonderen[3c] muß jeder

festum est, prohibendi ius esse; in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat". L. 8 l. 27 § 1 D. de S. P. U. 8. 2, l. 11 D. si serv. 8. 5. Seuff. Arch. IX. 268, XXI. 101.

[3a] Vgl. zum Folgenden: Gesterding Eigenthum § 9, Schmid S. 6—11, Hesse Rechtsverhältnisse ꝛc. II S. 241 fg. (2. Aufl. S. 450 fg.) und Arch. f. prakt. RW. N. F. IV. S. 129 fg., Steinlechner S. 179 fg., auch Miescher Arch. f. civ. Pr. LIX S. 187 fg., Rümelin S. 45 fg.; speciell über die „Rechtsverhältnisse hinsichtlich gemeinschaftlicher Mauern" die Schrift von Ruete (1843), s. auch Burckhard cautio damni infecti S. 114 fg., Roth bayr. Civilr. II S. 68 fg. Seuff. Arch. XXII. 198. 216, XXIV. 299. 300.

[3b] Die den Miteigenthümern gegen einander zustehende actio communi dividundo geht nicht bloß auf Theilung, sondern auch auf Regulirung ihres Verhältnisses bei bestehender Gemeinschaft (s. die im Folgenden citirten Stellen und II § 449 Note 4), und die actio communi dividundo ist bonae fidei, § 28 I. de act. 4. 6, l. 14 § 1 l. 24 pr. D. comm. div. 10. 3 — Steht den Miteigenthümern gegen einander auch die actio negatoria zu? Vgl. über diese Frage, welche nach dem Gesagten, eben weil hier die strenge Consequenz des Princips nicht zur Geltung gebracht werden soll, schwerlich zu bejahen ist, obgleich die Quellen nicht allen Zweifel ausschließen, einerseits l. 26 D de S. P. U. 8. 2, l. 4 D. de serv. leg. 33. 3, l. 3 § 1. 2 D. de O. N. N. 39. 1, andererseits l. 11 D. si serv. 8 5. Stölzel die Lehre von der operis novi nunciatio S. 95 und die daselbst Citirten, Brinz S. 237 (2. Aufl. I S. 666), Schneider in Sell's Jahrb. I S. 403 fg., Hesse Jahrb. f. Dogm. VIII S. 60 fg., Steinlechner S. 180 fg., Rümelin S. 52 fg.

[3c] Ferner: a) wenn der Miteigenthümer eine von dem andern Miteigenthümer mit der Sache vorgenommene Veränderung hat geschehen lassen, ohne ihr zu widersprechen, wo er widersprechen konnte, so kann er nicht mehr Wiederherstellung des früheren Zustandes fordern, sondern bloß Schadensersatz (l. 28 D. comm. div. 10. 3, Seuff. Arch. VII. 285, XVIII. 208, XXXII. 16, XXXIV. 9), und er kann Wiederherstellung des früheren Zustandes unter allen Umständen nur dann fordern, „si . . toti societati prodest opus tolli", l. 26 D. de S. P. U. 8. 2 So erkennt auch l. 12 D. comm. div. 10. 3 an, daß dem Miteigenthümer einer gemeinschaftlichen Mauer unter allen Umständen gestattet sei, „in eum immittere quid". b) Dem Miteigenthümer eines gemeinschaftlichen Bauwerks ist gestattet, dasselbe auch gegen den Willen des anderen Miteigenthümers zu repariren (wohin auch Ersatz einer schadhaften Mauer durch eine andere gehört); ja es fällt ihm der Eigenthumsantheil des anderen Eigenthümers zu, wenn dieser ihm nicht seinen Antheil an den Kosten binnen 4 Monaten mit Zinsen (II § 260 Note 4) ersetzt. Paul. sentent. V. 10 § 2, l. 32. 35—37 D. de damno inf. 39. 2. l 12 D. comm. div 10. 3. l. 52 § 10 D. pro soc. 17. 2, l. 4 C. de aedif.

Miteigenthümer dem andern den Gebrauch der Sache gestatten, soweit dadurch der Sache kein Schaden zugefügt und der eigene Gebrauch nicht beeinträchtigt wird[4]. Schließt der Gebrauch des Einen den Gebrauch des Anderen aus, so haben sich die Miteigenthümer in den Gebrauch der Sache nach Verhältniß ihrer Antheile zu theilen[4a]. In gleicher Weise fällt der Ertrag der Sache und was sie sonst an Nutzen gewährt an die Miteigenthümer nach Verhältniß ihrer Antheile[4b], so wie sie umgekehrt nach ihren Antheilen auch den durch die Sache verursachten Vermögensaufwand zu tragen haben[4c]. Dritten Personen gegenüber kann jeder Miteigenthümer das Eigenthum vertreten, er erhält aber von ihnen nur was seinem Antheil entspricht[4d]. Die an die Sache ange-

priv. 8. 10. L. 8 D. de S. P. U. 8. 2 ist von dem Fall einer nicht schadhaften Mauer zu verstehen (unhaltbare Meinungen bei Hesse Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I S. 108. II S. 250 und Arch. für prakt. RW. N. F. IV S. 143, Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII S. 123 fg. XXII S. 118 fg.)

[4] Die in Note 3 genannten Stellen verbieten nur das facere in re communi und im Besonderen das Bauen und Abbrechen, und in Betreff einer gemeinschaftlichen Mauer ist ausdrücklich anerkannt, daß jeder Miteigenthümer dieselbe benützen dürfe, soweit dadurch die Mauer nicht leide. L. 13 § 1 l. 19 § 1. 2 D. de S. P. U. 8. 2; l. 8 l. 13 pr. eod., l. 27 § 10 D. ad leg. Aquil. 9. 2. Seuff. Arch. VIII. 345, IX. 268, XIII. 24, XVI. 193. 194, XXI. 101, XXII. 216, XXXIV. 99, XXXV. 99. Kierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck 1867 Nr. 56. Besondere Bestimmung in Betreff der Beerdigung eines Leichnams: l. 41. 43 D. de relig. 11. 7, l. 6 § 6 D. comm. div. 10. 3.

[4a] Vgl. l. 7 § 10 D. comm. div. 10. 3.

[4b] L. 25 pr. D. de usur. 22. 1, l. 5 D. de stip. serv. 45. 3. Kann der eine Miteigenthümer nicht erwerben, so erwirbt der Andere das Ganze. L. 1 § 4 l. 7 § 1 l. 8. 9 pr. D. de stip. serv. 45. 3, l. 63 § 9 pro socio 17. 2. Anders wenn der Miteigenthümer nicht erwerben will, l. 20 D. de leg. II° 31 (vgl. Note 5).

[4c] S. II § 449 Note 10.

[4d] Rei vindicatio: Gai. IV. 53, l. 30 D. de lib. causa 40. 12. l. 6 C. de R. V. 3. 32. Eisele S. 53 fg. Für ganz unzweifelhaft halte ich es freilich nicht, daß der Miteigenthümer auch von demjenigen, welcher eigenes Eigenthum nicht behauptet, nur Herausgabe des Mitbesitzes verlangen kann. Daß jeder Miteigenthümer die actio negatoria anstellen kann, wird meines Wissens nicht bestritten. Eine dem gemeinschaftlichen Grundstück zustehende Grunddienstbarkeit kann jeder Miteigenthümer klagend verfolgen, und ein von ihm erstrittenes Urtheil kommt dem andern Miteigenthümer zu gut; aber die

knüpften Verpflichtungen treffen dem Princip nach jeden Miteigenthümer nur zu seinem Antheil[4e]; doch macht das römische Recht hiervon weitgehende Ausnahmen[4f]. Das Miteigenthum (die durch das Miteigenthum gewährte rechtliche Stellung) kann veräußert werden[4g].

Daß die Antheile der Miteigenthümer Rechnungstheile (Bruchtheile) sind, ist schon oben (§ 142 Ziff. 4) bemerkt worden. Ebenso daß die Quellen diese Antheile auf das Eigenthum selbst beziehen, in bequemer aber ungenauer Redeweise[5].

römische Geldcondemnation erlangt er nur zu seinem Antheil. L. 4 § 3 D. si serv. 8. 5. In l. 1 § 5 D. de arb. caed. 43. 27 wird Theilung der Condemnation nicht vorgeschrieben; aber die Stelle verweist auf die vindicatio servitutis. Vgl. auch l. 6 § 1 D. de aqua 39. 3.

[4e] L. 6 § 4 D. si serv. 8. 5, l. 27 D. de damno inf. 39. 2, l. 11 § 3 D. de aqua 39. 3.

[4f] Actio noxalis: l. 8 D. de nox. act. 9. 4. Actio de peculio: l. 27 § 8 D. de pec. 15. 1. S. auch l. 4 § 4 D. si serv. 8, 5.

[4g] L. 3. 4 C. de comm. reb. alien. 4. 52, l. un. C. si comm. res 8. [20] 21.

[5] Vgl. § 142 Note 10a. 11. Ein Beweis für die Getheiltheit des Eigenthumsrechts liegt darin, daß der Miteigenthümer den Nutzen der Sache nur zum Theil erhält und die an die Sache angeknüpften Verpflichtungen nur zum Theil trägt (Note 4e), nicht: partes concursu fiunt. Umgekehrt tritt die Idee der Ungetheiltheit des Rechts in den Entscheidungen der Note 4f deutlich hervor. Ferner: 1) was ein im Miteigenthum stehender Sclave dem einen der Miteigenthümer nicht erwerben kann, erwirbt er dem andern ganz (l. 1 § 4 l. 7 § 1 l. 8. 9 pr. D. de stip. serv. 45. 3); ebenso erwirbt er für einen Miteigenthümer das Ganze, wenn er für diesen allein erwerben will (l. 5 eod.). Vereinzelt steht die eine Proculianische Lehrmeinung repräsentirende l. 20 D. de leg. II° (Note 4b). 2) Miteigenthümer erhalten in Folge verweigerter cautio damni infecti das Eigenthum des schadendrohenden Grundstücks zu gleichen, nicht zu Eigenthumsantheilen, l. 5 § 1 l 40 § 4 D. de damno inf. 39. 2. 3) Ulp. I. 18: „communem servum unus ex dominis manumittendo partem suam amittit, eaque accrescit socio" vgl. Girtanner Jahrb. f. Dogm. III S. 262—266). Man hat hiergegen l. 3 D. pro derelicto 41. 7 geltend gemacht: aber es kann nicht zugestanden werden, daß in dieser Stelle als Folge der Dereliction des Eigenthumsantheils Herrenlosigkeit desselben bezeichnet werde. Die Stelle sagt einfach, daß der Eigenthumsantheil mit rechtlicher Wirkung derelinquirt werden könne; mit welcher rechtlichen Wirkung, darüber sagt sie nichts. Und wenn in anderen Stellen (z. B. l. 15 C. fam. erc. 3. 36, l. 2 C. comm. utr. iud. 3. 38) als die zutreffende Form der Veräußerung des Eigenthumsantheils an den Miteigenthümer Tradition bezeichnet wird, so ist damit nicht bewiesen, daß der gleiche Effect nicht durch Dereliction erreicht werden könnte, wie denn in l. 8 C. comm. utr.

Für deutschrechtliche Verhältnisse hat man dem Miteigenthum des römischen Rechts ein s. g. Gesammteigenthum entgegengestellt, über dessen Begriff zwar im Einzelnen die Ansichten auseinandergehen, unter welchem aber im Allgemeinen ein Eigenthum Mehrerer an derselben Sache ohne s. g. intellectuelle Theilung (Theilung nach Bruchtheilen, § 142 Ziff. 4) verstanden wird. Andere haben sich gegen die Nothwendigkeit und Zulässigkeit der Aufstellung eines andern Begriffes als des römischen erklärt[6]. Das Wesentliche in dieser Controverse ist, daß erkannt und festgehalten werde, daß eine Mehrheit von Eigenthumsrechten an einer und derselben Sache durch die Consequenz des Eigenthumbegriffes ausgeschlossen wird, und daß die gleiche Consequenz es verbietet, ein Eigenthumsrecht durch Zusammenrechnung der einzelnen auf die verschiedenen Genossen vertheilten Befugnisse herzustellen. Im Uebrigen ist zuzugestehen, daß das Recht des Miteigenthums Modificationen zuläßt, welche im römischen Recht nicht vorkommen[7], und daß im Besonderen die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß

iud. 3. 38 Dereliction und Tradition zur Auswahl neben einander gestellt werden („relicta vel translata possessione"). — Zuzugeben ist, daß zur Ungetheiltheit des Eigenthums nicht paßt, daß für ein gemeinschaftliches Grundstück nicht ein Miteigenthümer allein eine Servitut erwerben kann (§ 212 Note 3), aber dem steht wieder gegenüber, daß der von dem Einen in der actio confessoria erfochtene Sieg dem Andern hilft (l. 4 § 3 D. si serv. 8. 5). — Die hier festgehaltene Auffassung wird sehr bestimmt vertreten von Steinlechner und Eisele a. a. OO.; dawider Eck doppelseitige Klagen S. 92 fg. und krit. VJSchr. XIX S. 232 fg., Rümelin S. 56 fg. 73 fg.; vgl. auch v. Scheurl Theilbarkeit als Eigenschaft von Rechten S. 19 fg., Unger Jahrb. f. Dogm. XXII S. 289 Note 193.

[6] Eine monographische Darstellung der Lehre vom s. g. Gesammteigenthum ist die von Dunker das Gesammteigenthum (1843), s. außerdem die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Beseler II § 83, Gerber § 77, Stobbe II § 81. 82, ferner Roth bayr. Civilr. II S. 47 fg. und die von diesen Schriftstellern Citirten.

[7] Wie z. B. Entscheidung durch die Majorität (vgl. HGB. Art. 458, Pr. L. R. I. 17 § 10—24), Ausschluß des Rechts auf Theilung, Beschränkung in der Veräußerungsbefugniß was den eigenen Eigenthumsantheil angeht und andererseits Befugniß über den Antheil des Genossen durch Belastung mit Schulden zu verfügen, Beschränkung in der Vererbung des Eigenthumsantheils, wo derselbe dann nicht herrenlos wird, sondern nach der Consequenz aus dem Begriff des Miteigenthums (Note 5) an die Genossen fällt. Vgl. Stobbe a. a. O. und Zeitschr. f. RG. IV S. 204 fg.

der Antheil eines jeden Genossen an dem Ertrag der Sache in anderer Weise bestimmt sei, als nach Bruchtheilen[8].[8a]

Unhaltbar ist die im Mittelalter aufgekommene und bis in die neueste Zeit hinübergetragene Lehre, daß an einer und derselben Sache neben einem s. g. Obereigenthum ein s. g. Unter- (nutzbares) Eigenthum stattfinden könne[9].

---

[8] Z. B. nach dem persönlichen Bedürfniß der einzelnen Genossen, oder so, daß während einer gewissen Zeit der eine Genosse allein genießt, während einer gewissen der andere. Die juristische Construction ist hier keine andere, als diejenige, mit welcher auch das römische Recht den einzelnen Genossen den einseitigen Gebrauch der Sache innerhalb gewisser Grenzen ermöglicht: es besteht zwischen den Genossen ein durch das Miteigenthum begründetes Verpflichtungsverhältniß (eine obligatio). Möglichkeit der Herbeiführung dinglicher Wirkung durch Vertrag? Dafür Kohler Zeitschr. f. franz. Civilr. VIII S. 177 fg. und Jahrb. f. Dogm. XVIII S. 397 fg.; dawider Rümelin a. a. O. S. 51.

[8a] Baron Gesammtrechtsverhältnisse § 3. 6. 37. 42. 43 wendet den von ihm aufgestellten Begriff der Gesammtberechtigung, als einer Berechtigung, welche „einerseits der Gesammtheit mehrerer Personen als solcher, andererseits den Einzelnen völlig und ungetheilt zusteht", auch auf das Eigenthum an, und findet ein Gesammteigenthum in diesem Sinne bereits vom römischen Rechte anerkannt in der dos communis patris et filiae (II § 499 Note 6) und in dem Verhältniß des eingesetzten Pupillen und des Pupillarsubstituten. Dagegen Pernice krit. VJSchr. VII S. 121 fg.

[9] Die lateinischen Ausdrücke sind: dominium directum — dominium utile. Dominium utile, im Gegensatz des dominium directum, nannten die Glossatoren das Recht desjenigen, der nicht directa, sondern nur utilis petitio rei habe, und so namentlich auch das Recht des Emphyteuta und des Superficiars. Später faßte man das dominium utile als nutzbares Eigenthum auf, und nahm ein dominium utile in diesem Sinne auch bei dem Lehensverhältniß und bei gewissen Formen des bäuerlichen Verhältnisses an. Das dominium utile ist aber in der That kein Eigenthumsrecht, sondern ein Recht an fremder Sache, dessen (juristischer) Inhalt allerdings aus der (unjuristischen) Vorstellung heraus bestimmt worden ist, als sei der dominus utilis Eigenthümer. So geht das Recht des s. g. dominus utilis viel weiter als das irgend eines andern an fremder Sache Berechtigten; aber Eigenthumsrecht kann es nicht werden, ohne daß der s. g. dominus directus aufhörte, Eigenthümer zu sein. Auch hier kann der Eigenthumsbegriff nicht über seine eigene Consequenz hinaus. S. Thibaut Versuche II S. 71 fg. (1801), Dunker Zeitschr. f. deutsch. Recht II S. 177 fg. (1838), Schmid I § 3 Note 6, Vangerow I § 302, Böcking II S. 40—42. Doch wird der Begriff, oder doch wenigstens die Bezeichnung, auch von neueren Schriftstellern noch festgehalten, so namentlich in den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts von Eichhorn

IV. Erwerb des Eigenthums*.

A. Uebersicht über die verschiedenen Eigenthumserwerbarten.

§ 170.

Der Erwerb des Eigenthums knüpft sich, wie der Erwerb eines jeden Rechts, an gewisse Thatsachen an; die Verschiedenheit derselben begründet die Verschiedenheit der Eigenthumserwerbarten. Der Anordnung, in welcher hier die einzelnen Eigenthumserwerbarten vorgetragen werden, liegt folgende Betrachtung zu Grunde[1]. Die bei Weitem meisten der uns umgebenden Sachen haben bereits einen Eigenthümer; in den bei Weitem meisten Fällen ist daher der Erwerb des Eigenthums der Erwerb des Eigenthums an einer bereits im Eigenthum eines Andern stehenden Sache. Dieser Erwerb kann von doppelter Art sein: 1) er gründet sich auf das Eigenthum, welches bis dahin an der Sache bestanden hat, er ist ein Eintreten, eine Nachfolge (Succession) in dieses Eigenthum (§ 65); 2) es ist dieß nicht der Fall. Unter diesen beiden Fällen ist der erste der wichtigste, unter seinen Anwendungen aber wieder die wichtigste diejenige, wo die Nachfolge durch den Willen des bisherigen Eigenthümers bewirkt wird.

---

§ 160, Mittermaier I § 156, Beseler § 82, Bluntschli § 60, Stobbe II § 80. S. auch Bruns in v. Holtzendorff's Encyclop. I § 42. (Wenn man sich darauf beruft, daß auch das römische Recht die Möglichkeit eines bonitarischen Eigenthums neben dem quiritarischen anerkannt habe, so darf darauf zwar nicht entgegnet werden, daß das erstere eigentlich kein Eigenthum gewesen sei, denn in Wirklichkeit war es das allerdings; aber nichtsdestoweniger ist jenes Argument ohne allen Werth, da sich im römischen Recht hier, wie an so vielen anderen Punkten, der Widerstreit zweier verschiedener Rechtsordnungen, der prätorischen und der civilen, geltend machte, von denen jene diese überwand.) — Particularrechtliche Anerkennung der Theilung des Eigenthums in Ober- und Untereigenthum z. B. in Preußen, Bayern, Oesterreich. Stobbe II § 80, Dernburg Preuß. Privatr. I § 182, Roth bayr. Civilr. II § 191. 198, Randa S. 14 fg.

* Dig. 41. 1 de acquirendo rerum dominio.

[1] Die Anordnung der Lehre vom Eigenthumserwerbe ist bei den verschiedenen Schriftstellern eine sehr verschiedene; s. die Uebersicht bei Böcking II S. 55, auch Pagenstecher II S. 1—57, Leist Mancipation und Eigenthumstradition S. 261 fg. Die von Böcking selbst a. a. O. begründete Anordnung § 170.

Außerdem kann sie ihren Grund in einer richterlichen Verfügung, oder in einer unmittelbaren Bestimmung des Gesetzes haben. Die wichtigste Anwendung des zweiten Falles bildet die Ersitzung; außerdem gehört dahin die Verbindung. — Aber wenn auch die meisten der uns umgebenden Sachen bereits einen Eigenthümer haben, so ist dieß doch nicht bei allen der Fall. Diejenigen, bei denen es nicht der Fall ist, fallen regelmäßig in das Eigenthum desjenigen, der sich ihrer bemächtigt. — Ferner entstehen fortwährend neue Sachen, entweder auf organischem Wege, oder durch menschliche Thätigkeit. Für die auf organischem Wege neu entstandenen Sachen bildet es die Regel, daß sie in das Eigenthum des Eigenthümers der erzeugenden Sache fallen; an den durch menschliche Thätigkeit neu erzeugten erwirbt, mit gewissen Beschränkungen, das Eigenthum der Verfertiger. — Die Verfertigung und die Verbindung unterscheiden sich von allen andern Eigenthumserwerbarten durch ihre bloß formale Natur, d. h. beide verleihen zwar das Eigenthum, aber berechtigen nicht auch zum Behalten des Vermögenswerthes der Sache. Nach diesem Gesichtspunkt ist hier die Verbindung mit der Verfertigung zusammen an den Schluß gestellt worden[2].

B. Eigenthumsübergang durch den Willen des bisherigen Eigenthümers*.

§ 171.

Der Eigenthümer kann sein Eigenthum einem Andern übertragen entweder durch Willenserklärung unter Lebenden oder durch

---

hat er in der neuesten Auflage seines Grundrisses (S. 72 fg.) mit einer anderen vertauscht.

[2] Es wird auch wohl von einem s. g. universellen Eigenthumserwerbe, im Gegensatz des singulären geredet. Man versteht darunter den Erwerb des Eigenthums in und mit dem Ganzen des Vermögens, zu welchem es gehört. Es liegt auf der Hand, daß der s. g. universelle Eigenthumserwerb ein Erwerb des Eigenthums als solchen nicht ist; der unmittelbare Gegenstand des Erwerbs ist eben das Vermögen, d. h. etwas Anderes, als das Eigenthum.

* Gesterding S. 120—177, Pagenstecher II S. 193—229, Schmid § 8, Randa § 11—13, Böcking § 153, Sintenis I S. 480—484, Dernburg I § 211—217. Scheurl Beiträge I S. 190 fg. (1853). Leist Mancipation und Eigenthumstradition (1865). (Darüber Bekker krit. VJSchr. IX S. 232 fg. [1867]. Exner die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach

Willenserklärung von Todeswegen. Hier ist nur von dem ersten Fall zu reden; die Betrachtung des zweiten gehört in das Erbrecht.

Die Willenserklärung unter Lebenden, daß Eigenthum auf einen Andern übergehen solle, reicht als solche nicht aus, um den Uebergang des Eigenthums zu bewirken. Es muß

1) zu ihr hinzu kommen die Erklärung des Willens von Seiten dieses Andern, daß er das ihm übertragene Eigenthum erwerben wolle; mit anderen Worten, der Eigenthumsübergang setzt voraus einen Eigenthumsübertragungsvertrag[1]. Dieser Vertrag sodann bedarf

2) einer gewissen Form. Diese Form ist die Uebergabe (Tradition) der Sache[2]. Der auf das Geben und Nehmen des

österreichischem und gemeinem Recht (1867). (Darüber Unger krit. VJSchr. X S. 249 fg. [1868].) Goldschmidt Handelsr. I § 79.

[1] L. 10 D. de don. 39. 5. „Absenti, sive mittas, qui ferat, sive quod ipse habeat, sibi habere eum iubeas, donari recte potest. Sed si nescit, rem, quae apud se est, sibi esse donatam, vel missam sibi non acceperit, donatae rei dominus non fit". L. 55 D. de O. et A. 44. 7. Seuff. Arch. XIII. 82, Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock IV. 34. — Bremer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX S. 67 Note 24 leugnet, daß in der Tradition ein Vertrag enthalten sei, mit Berufung darauf, daß von Seiten des Empfängers keine Willenserklärung gegenüber dem Tradenten, sondern nur eine Willensthat gegenüber der Sache erforderlich sei, z. B. bei der traditio in incertam personam (§ 172 Ziff. 4), bei gestatteter Wegnahme von Steinen aus der Steingrube eines Andern (l. 6 D. de don. 39. 5). Aber s. II § 306. Vgl. noch Pernice Zeitschr. f. Handelsr. XXV S. 109. Parerga II S. 108. § 171.

[2] L. 20 C. de pactis 2. 3. „Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur". L. 50 pr. D. de R. V. 6. 1, l. 15 C. eod. 3. 32, l. 6 C. de H. v. A. V. 4. 39, l. 8 C. de A. E. V. 4. 49. L. 16 D. de fundo dot. 23. 5 ist im Sinne ihres Urhebers ohne Zweifel von der Mancipation zu verstehen, im Sinne des Justinianischen Rechts von der Cession der Vindication, l. 10 § 2 D. de cond. furt. 13. 1 entweder vom Legate (vgl. § 3 eod.) oder ebenfalls von der Mancipation (vgl. die Interpolation „nactus possessionem servi" in l. 56 D. de O. et A. 44. 7). S. auch Schmid S. 85–91. Eine Ausnahme enthält auch nicht l. 1 § 1 D. pro soc. 17. 2, welche sich aus einem constitutum possessorium (§ 155 Note 8a) erklärt, wie deutlich aus l. 2 eod. hervorgeht (a. M. ohne genügende Begründung Puchta kl. civ. Schriften S. 439, Böcking § 124 Note 46, Meischeider Besitz S. 292). Dagegen glaube ich eine Ausnahme allerdings in l. 23 C. de ss. eccl. 1. 2 anerkennen zu müssen: Kirchen und milde Stiftungen werden aus Käufen und Schenkungen

Rechts an der Sache gerichtete Wille muß seinen Ausdruck finden in dem Geben und Nehmen des Körpers der Sache[3]. Auf Grund hiervon wird die Besitzübergabe (Tradition) geradezu als

Eigenthümer ohne Tradition — was früher fast allgemein angenommen wurde, noch in der neueren Zeit von Thibaut Arch. f. civ. Pr. XX S. 1 fg. vertheidigt und von Vangerow I § 311 Anm. 4, wie mir scheint, nicht widerlegt worden ist. („In his autem omnibus casibus non solum personales actiones damus, sed etiam in rem". Diese Worte versteht Vangerow dahin: es solle die in rem actio, wenn sie zulässig sei, ebenfalls der im Gesetze vorgeschriebenen 100jährigen Verjährung unterliegen.) Eine fernere Ausnahme im HGB. Art. 439 (Eigenthumsübertragung an Seeschiffen). Goldschmidt Handelsr. I S. 805 fg. Vgl. Hauser Stellvertretung im Besitze S. 55 fg. und dagegen Exner krit. VJSchr. XIII S. 307 fg. Connossement und andere Waarenpapiere (HGB. Art. 649); Exner S. 186 fg. und krit. VJSchr. XIII S. 313 fg., Hauser Stellvertretung im Besitze S. 86 fg. Goldschmidt Handelsr. I § 73 fg., Randa § 12 Note 16 (vgl. § 155 Note 6a). — Der Satz, daß das Eigenthum mit der Besitzübergabe übergehe, ist in Deutschland gemeines Recht. Particularrechtlich wird aber bei Grundstücken, auf Grund älterer deutschen Anschauung (Auflassung), zum Eigenthumsübergang Eintragung in ein öffentliches Buch verlangt. Nach anderen Particularrechten geht zwar das Eigenthum ohne Eintragung über, aber wer sich mit dem eingetragenen Nichteigenthümer (in gutem Glauben) in Verhandlungen einläßt, kann sich auf das Eigenthum desselben berufen. Vgl. Gerber deutsch. Privatr. § 89, Beseler deutsch. Privatr. § 90. 91, Schmid S. 96—99, Arndts krit. Ueberschau V S. 91 fg., Stobbe Jahrb. f. Dogm. XII S. 137—272 und deutsch. Privatr. II § 94. 95. Das neueste deutsche Gesetz über diese Materie ist das Preußische vom 5. Mai 1872. — Legislatorische Erwägungen: Exner S. 301 fg., Goldschmidt I S. 803 fg., Bähr Jahrb. f. Dogm. XI S. 58 fg., Kohler Annalen der Großh. Badischen Gerichte XL S. 237 fg. (Ges. Abhandlungen I S. 1 fg.), Verhandlungen des 14. deutschen Juristentages I. 1 S. 113 fg. I. 2 S. 56 fg. 163 fg. II S. 226 fg. 243 fg., des 15. I S. 16 fg. 131 fg.

[3] Das ältere römische Recht verlangte Abschluß des Vertrags vor Repräsentanten der Volksgemeinde oder vor Gericht (mancipatio, in iure cessio), und in beiden Fällen noch eine besondere Art des Ausdrucks des Willens. — Die Tradition ist hier als Form des Vertrags bezeichnet worden. Vgl. Exner S. 8 fg. A. M. Leist civ. Studien III S. 189 fg. Mancipation und Eigenthumstradition S. 230. 231. 265, Karlowa Rechtsgeschäft S. 217 (vgl. S. 181), Zitelmann Irrthum S. 273, Brinz 2. Aufl. I § 150 Note 40, Bekker Besitz S. 86 fg. Diese Schriftsteller leugnen, daß die Tradition als Form des Eigenthumsübertragungsvertrages bezeichnet werden dürfe. Ich will über den Ausdruck nicht streiten, obgleich ich ihn für zutreffend halte. Das Wesentliche ist, daß erkannt werde, daß die Tradition, d. h. das willentliche Herbeiführen eines thatsächlichen (körperlichen) Verhältnisses, nicht etwas

Eigenthumserwerbart bezeichnet[4], indem das Vorhandensein des gehörigen Willens in Betreff des Rechts hinzugedacht wird[5].

§ 172.

Die näheren Grundsätze für den Eigenthumsübertragungsvertrag sind im Allgemeinen die für Rechtsgeschäfte und Verträge

---

zu dem Eigenthumsübertragungsvertrag Hinzukommendes, denselben Vollendendes, sondern der nothwendige Ausdruck desselben ist. Sie ist der Eigenthumsübertragungsvertrag; auch wenn der Eigenthumsübertragungsvertrag der Tradition vorhergeht, wird er in der Tradition wiederholt, und der nicht in der Tradition ausgedrückte Eigenthumsübertragungsvertrag ist ohne alle rechtliche Bedeutung, oder hat höchstens obligatorische Wirkung. Daraus folgt, freilich (Bekker S. 89), daß Handlungsfähigkeit und Veräußerungsfähigkeit des Gebers nicht bloß in dem Augenblick der Uebertragungserklärung, sondern auch in dem Augenblick des Nehmens des Erwerbers vorhanden sein müssen. Aber warum sollte es anders sein, wenn feststeht, daß der Geber vorher nicht gebunden ist? L. 6 D. de don. 39. 5: — si antequam eximat me poenituerit, meus lapis durat. — Wenn Bremer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX S. 57 fg. die Tradition als Bemächtigung unter Zustimmung des bisheriger Eigenthümers auffaßt, so ist doch seine Meinung nicht die, daß der bisherige Eigenthümer die Sache zum Zwecke der Bemächtigung durch den Andern vorher herrenlos mache, sondern vielmehr, daß der bisherige Eigenthümer seinen Eigenthumswillen nur vor dem neu eintretenden Eigenthumswillen des Erwerbers zurückziehe. So ist das Eigenthümliche dieser Auffassung bloß eine einseitige Betonung der Thätigkeit des Erwerbers, während andererseits allerdings die Ausdrücke Tradition, Eigenthumsübertragung ebenso einseitig die Thätigkeit des bisherigen Eigenthümers betonen. Das Richtige ist, daß zwar thatsächlich in einem gegebenen Fall bald die eine bald die andere Thätigkeit in den Vordergrund treten kann, für die rechtliche Betrachtung aber beide auf gleicher Linie stehen. Was übrigens Bremer mit dieser Auffassung erreichen will (§ 155 Note 7 Nr. 2, § 172 Note 13), leistet sie ihm m. E. doch nicht.

[4] So auch unsere Quellen, z. B. § 40 I. de R. D. 2. 1, l. 9 § 3 D. de A. R. D. 41. 1, l. 20 C. de pactis 2. 3.

[5] Vgl. § 40 I. de R. D. 2. 1. „Per traditionem quoque iure naturali res nobis acquiruntur; nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi". Das Ungenaue der Ausdrucksweise wird ausdrücklich anerkannt in l. 31 pr. D. de A. R. D. 41. 1. „Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur". Diese Stelle (vgl. Ulp. XIX. 7, Gai. II. 20) denkt an den nächstliegenden Fall, wo der Eigenthumsübertragungs- und Eigenthumserwerbswille durch eine der Tradition vorhergehende

überhaupt geltenden (§ 70 fg.). Im Einzelnen ist Folgendes zu bemerken.

1. Nur der Eigenthümer kann das Eigenthum der Sache übertragen[1]. Jedoch erleidet diese Regel Ausnahmen[2], nicht bloß für den Fall, wo der Eigenthümer vorher oder nachher seine Einwilligung gibt[3], sondern auch: a) für den Pfandgläubiger, welcher

---

Thatsache (vgl. Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIII S. 189. 190) außer Zweifel gestellt ist. Nothwendig ist dieß aber nicht; jener Wille kann feststehen auch ohne causa praecedens, wie beim Handgeschenk. Eine Ausführung des Satzes, daß die Tradition Eigenthum in allen Fällen übertrage, wo sie in der Absicht, Eigenthum zu übertragen, geschehe, gibt die Schrift von Strempel die iusta causa bei der Tradition (1857). S. auch Savigny Obl.-R. II S. 254—261, Exner S. 74 fg., O. Mayer die iusta causa bei Tradition und Usukapion (1871) S. 1—79 (darüber Bekker krit. VJSchr. XIV S. 481 fg.), Fr. Hofmann die Lehre vom titulus und modus acquirendi und von der iusta causa traditionis (1873) S. 65 fg., Lotmar über causa im römischen Recht (1875) S. 165 fg., Bernhöft der Besitztitel im römischen Recht (1875) S. 57 fg. (vgl. Hellmann krit. VJSchr. XVI S. 556 fg.), Karlowa Rechtsgeschäft S. 205 fg. (1877). Im Einzelnen herrscht zwischen diesen Schriftstellern über den Sinn, in welchem die Quellen eine iusta causa traditionis erfordern, viel Meinungsverschiedenheit. S. auch Puchta § 148 Abs. 2 Nr. 3, Böcking II § 153. g, Brinz 1. Aufl. S. 202. 2. Aufl. I S. 582 fg., Huschke Arch. f. civ. Pr. LXII S. 324 fg., Randa S. 263 fg. Eine besondere Ansicht bei Lenel Zeitschr. der Sav.-Stift. III S. 114: die l. 31 pr. cit. sei (im Sinne ihres Verfassers) von einer traditio fiduciae causa zu verstehen. Daß unter causa ein „obligationsmäßig zu einer Leistung verpflichtendes Rechtsverhältniß" zu verstehen sei, hat neuerdings wieder Voigt condictiones ob causam § 28 behauptet, s. dagegen Witte in Schletter's Jahrb. X S. 10 fg. Dogmengeschichtliche Uebersichten bei Exner und Hofmann a. a. OO., Randa § 11 Note 52 (auch in den früheren Auflagen dieses Lehrbuchs). Seuff. Arch. XXXIII. 108.

§ 172. [1] L. 20 pr. D. de A. R. D. 41. 1. Vgl. § 81 Ziff. 3.

[2] Eine Ausnahme ist es nicht, wenn ein zur Vertretung des Eigenthümers Befugter das Eigenthum in dessen Namen überträgt. Diese Uebertragung ist juristisch die des Eigenthümers selbst. Vgl. § 73. 74. — Ausnahme des HGB. Art. 305—307 und der WO. Art. 74 zu Gunsten des redlichen Erwerbers. S. § 165 Note 7 und die Citate daselbst. Weitgreifende particularrechtliche Ausnahme zu Gunsten des Erwerbes von dem in das Grundbuch als Eigenthümer Eingetragenen. S. § 171 Note 2 a. E. Vgl. auch Randa § 13. In diesen Fällen liegt kein abgeleiteter, sondern ein selbständiger Eigenthumserwerb vor. Vgl. G. Carlin Niemand kann auf einen Andern mehr Recht übertragen als er hat Berner Inaug.-Diss. 1882.

[3] L. 9 § 4 D. de A. R. D. 41. 1, l. 38 § 1 D. de don. i. v. e. u.

ein dingliches Recht an der Sache eben des Inhalts hat, das Eigenthum an derselben übertragen zu können[4]; b) für den Fiscus, den Regenten und die Regentin nach den in § 165 zu Note 6 aufgestellten Regeln. Erwirbt der übertragende Nichteigenthümer das Eigenthum nachträglich, so wird dadurch die früher gemachte Eigenthumsübertragung nicht gültig (§ 83), und der Empfänger wird daher nicht Eigenthümer; jedoch braucht der Empfänger die Sache dem Uebertragenden nicht herauszugeben[5], und kann, wenn er sie in gutem Glauben empfangen hat, klagend gegen den Uebertragenden wie gegen jeden Dritten auftreten[6]. Dieselbe rechtliche Stellung hat er dem Rechtsnachfolger des Uebertragenden, Gesammt- oder Sondernachfolger, gegenüber, sowie er sie seinerseits auf seinen Rechtsnachfolger überträgt[7]. Das Gleiche wie in dem Fall, wenn der Uebertragende Eigenthümer wird, gilt dann, wenn der Eigenthümer durch Beerbung des Uebertragenden in die Uebertragung eintritt[8].

---

24. 1; andere hierher gehörige Stellen s. § 81 Note 5. 7. Ueber die rechtliche Bedeutung der nachträglichen Einwilligung ist § 83 Ziff. 1 gehandelt worden. Was die vorgängige Einwilligung angeht, ist noch zu vergleichen Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 303 fg., Scheurl das. II S. 4 fg., Jhering das. II S. 121 fg.

[4] L. 46 D. de A. R. D. 41. 1. „Non est novum, ut, qui dominium non habeat, alii dominium praebeat. Nam et creditor pignus vendendo causam dominii praestat, quam ipse non habuit". § 1 I. quib. al. 2. 8. Vgl. § 237 Note 17.

[5] Er kann den Uebertragenden, welcher sich auf sein jetzt erworbenes Eigenthum beruft, mit der Einrede zurückweisen, daß derselbe sich nicht mit seiner eigenen Willenserklärung in Widerspruch setzen dürfe. Diese Einrede (exceptio) konnte in der römischen Formula speciell als exceptio rei (venditae et) traditae, oder generell als exceptio doli gefaßt werden. L. 1 pr. l. 2. 3 D. de exc. rei vend. et trad. 21. 3, l. 72 D. de R. V. 6. 1, l. 17 D. de evict. 21. 2, l. 4 § 32 D. de doli exc. 44. 4. (Vgl. l. 20 D. qui et a quib. 40. 9, l. 19 § 4. 5 l. 20 D. de castr. pec. 49. 17.) S. auch § 197 Note 4.

[6] Nach den Grundsätzen der Publiciana actio (§ 199). Die Einrede gestaltet sich hier zur Replik, l. 72 D. de R. V. 6. 1, l. 2 D. de exc. rei vend. et trad. 21. 3, l. 4 § 32 D. de doli exc. 44. 4.

[7] L. 72 D. de R. V. 6. 1, l. 2 D. de exc. rei vend. et trad. 21. 3, l. 4 § 32 D. de doli exc. 44. 4. — Mit Rücksicht auf diese Wirkungen des späteren Eigenthumserwerbes bezeichnet ihn l. 58 [56] D. ad SC. Treb. 36. 1 geradezu als confirmatio der früheren Veräußerung.

2. Daß der Uebertragende sein Eigenthumsrecht gekannt habe, ist Bedingung der Gültigkeit der Eigenthumsübertragung nicht; ebenso wenig, daß der Erwerber dieses Eigenthumsrecht gekannt habe[9]. Wohl aber ist die Eigenthumsübertragung ungültig, wenn in Folge der Unkenntniß, in welcher der Uebertragende sich über sein Eigenthumsrecht befindet, der Wille desselben auf die Uebertragung des nicht vorhandenen Eigenthumsrechts gerichtet ist, welches er einem Andern irriger Weise zuschreibt[10].

[8] L. 73 D. de evict. 21. 2, l. 1 § 1 D. de exc. rei vend. et trad. 21. 3, l. 14 C. de rei vind. 3. 32, l. 14 C. de evict. 8. 44 [45].

[9] Für das Letzte l. 9 § 4 D. de I. et F. I. 22. 6; s. auch l. 4 § 1 D. de manum. vind. 40. 2. Das Erste ist in den Quellen zwar nicht unmittelbar für die Tradition bezeugt, wohl aber für das Vermächtniß (§ 11 I. de leg. 2. 20) und die Freilassung (4 § 1 de manum. vind. 40. 2.). Jhering Jahrb. f. Dogm. II S. 155—158, Exner S. 282 fg., Leonhard Irrthum S. 488 fg., Lenel Jahrb. f. Dogm. XIX S. 181 fg., Bechmann Kauf II S. 426. S. auch oben § 69 Note 1a. A. M. für den ersten Fall Zitelmann Irrthum S. 541 fg. (es trete nur exceptio rei venditae et traditae ein).

[10] L. 35 D. de A. R. D. 41. 1: „Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab eis dominium et nulla alienatio est, quia nemo errans rem suam amittit". Ebenso l. 49 D. mand. 17. 1. Ueber l. 41 D. de R. C. 12. 1 (zu vergleichen l. 4 pr. D. de manum. vind. 40. 2, l. 15 § 1 D. qui et a quib. 40. 9) s. Zitelmann Irrthum S. 536 fg., Leonhard Irrthum S. 480 fg. Der im Text bezeichnete Satz findet aber auch in dem umgekehrten Falle Anwendung, wo der Auftrag zur Tradition von dem wahren Eigenthümer dem vermeintlichen Eigenthümer ertheilt wird; auch in diesem Falle wird der Empfänger nicht Eigenthümer, weil (der Beauftragte nicht Eigenthümer ist, und) der Auftraggeber nicht den Willen hat, daß sein Eigenthum übergehen solle. Von diesem Falle handelt l. 15 § 2 D. de contr. emt. 18. 1 und die l. 49 D. mand. 17. 1 in ihrem zweiten Fall. Eine andere Frage ist es übrigens, ob der Eigenthümer das Eigenthumsrecht, welches er behalten hat, gegen den Empfänger der Sache auch geltend machen kann. Es kommt darauf an, ob er zur Eigenthumsübertragung verpflichtet war, bez. die Verpflichtung dazu auf Grund seines Auftrags übernommen worden ist (vgl. § 197 Note 6). Auch das sagt l. 49 cit. Diese schwierige Stelle lautet: „Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo. Mandatu meo cum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse; vel contra ego vendidi illius mandatu, cum forte is, cui heres exstiterit, cum emisset: de iure evictionis et de mandatu quaesitum est. Et puto, Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori, neque, si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam; et idcirco mandati agere posse, si quid eius interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. Contra mandator, si rem ab eo (l. emtore) vindicare velit, exceptione doli

3. Die Eigenthumsübertragung ist ungültig, wenn dem Eigenthümer die nöthige Handlungsfähigkeit abgeht (§ 71. 81 a. E.). Ebenso kann sie ungültig sein durch ein entgegenstehendes Veräußerungsverbot. Von den Veräußerungsverboten wird in dem folgenden § besonders gehandelt werden.

4. Daß der Wille des Uebertragenden auf eine von ihm individuell vorgestellte Person gehe, ist nicht erforderlich. Daher liegt namentlich in dem Auswerfen[11] eine gültige Eigenthumsübertragung, und eben so wenig wird die Gültigkeit der Eigenthumsübertragung dadurch beeinträchtigt, daß der Uebertragende nicht weiß, ob der Empfänger für sich oder für einen Andern, und im letzteren Fall, ob er für diese oder jene Person, erwerben will[12].

5. Dagegen ist die Eigenthumsübertragung ungültig, wenn der Wille des Uebertragenden auf eine andere Person gerichtet

---

submovetur, et adversus venditorem testatoris sui habet ex emto iure hereditario actionem". Das Verdienst der richtigen Erklärung dieser Stelle (sie läßt sich dahin zusammenfassen, daß hinter „emisset" zu ergänzen ist „a me") gebührt Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 306 Note 35 und ausführlicher das. II S. 149 fg. Von Anderen (Literaturangaben bei Jhering) ist aus dieser Stelle der unrichtige Satz hergeleitet worden, daß die Eigenthumsübertragung auch dann nichtig sei, wenn der übertragende Eigenthümer sich über den Grund seines Eigenthums im Irrthum befinde. S. dagegen Jhering a. a. O. II S. 158 fg. Uebereinstimmend Arndts § 145 Anm. 2 und Vangerow I § 311 Anm. 3 in der neuesten Auflage. Besondere Ansichten neuestens bei Eck die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums (Halle 1874) S. 32 Anm. 3 und bei Karlowa Rechtsgeschäft S. 67. — So weit die 5. Aufl. Seit derselben ist die l. 49 cit. wiederholt der Gegenstand der Erörterung geworden. Huschke Arch. f. civ. Pr. LXII S. 322 fg. Amann über den Begriff des procurator und des mandatarius nach röm. R. (Heidelberg 1879). Brinz Arch. f. civ. Pr. LXIII, S. 319 fg. Tewes Grünhut's Zeitschr. X S. 74 fg. Schwemann Arch. f. civ. Pr. LXVI S. 112 fg. Esmarch Noch ein Wort zur Construction des zweiten Falls der l. 49 mand. S. l. et a. (1883). Von diesen Schriftstellern vertheidigt Brinz die Jhering'sche Auslegung, alle andern greifen sie an. Mich haben ihre Auslegungen nicht im Mindesten zweifelhaft an der Richtigkeit der Jhering'schen Auslegung gemacht. Für dieselbe auch Zitelmann Irrthum S. 535 fg.

[11] Iactus missilium. L. 9 § 7 D. de A. R. D. 41. 1, l. 5 § 1 D. pro derel. 41. 7. Vgl. Scheurl Beitr. I S. 205—208, Kuntze Inhaberpapiere S. 348, Bremer Zeitschr. f. Civ. und Pr. N. F. XX S. 65—67, Exner S. 12—17. 53—54, Sohm Zeitschr. f. Handelsr. XVII S. 46 fg., Pernice Parerga II S. 107 fg.

[12] Scheurl a. a. O. S. 208, vgl. Brinz S. 203 (2 Aufl. I S. 591).

ist, als diejenige, welche den Erwerbungswillen hat[13]. Ebenso ist sie ungültig, wenn zwischen dem Uebertragungs- und dem Erwerbungswillen eine Differenz in Betreff irgend eines andern wesentlichen Punktes besteht. Ein wesentlicher Punkt ist der Gegenstand, an welchem Eigenthum erworben werden soll[14], nicht aber der Grund der Uebertragung und des Erwerbes[15].

[13] Wenn daher der Uebertragende erklärt, dem Empfänger das Eigenthum für seine Person übertragen zu wollen, dieser, es für einen von ihm Vertretenen erwerben zu wollen, so ist die Eigenthumsübertragung ungültig. Ebenso wenn der Uebertragende erklärt, dem Empfänger für einen Andern übertragen zu wollen, dieser, für sich erwerben zu wollen (l. 37 § 6 D. de A. R. D. 41. 1, vgl. übrigens § 155 Note 7). In dem einen und dem andern Fall aber eben auch nur dann, wenn der Empfänger eine gegentheilige Erklärung abgibt; schweigt er zu der Erklärung des Uebertragenden, so erklärt er dadurch seinen Consens zu derselben, obgleich er vielleicht innerlich einen andern Willen hat. Unter dieser Voraussetzung wird also in beiden Fällen das Eigenthum gemäß des Willens des Uebertragenden erworben (l. 13 D. de don. 39. 5, vgl. § 155 Note 7). Will in dem ersten der genannten Fälle der Empfänger der Sache wirklich nicht für sich, sondern für den Andern haben, so kann er denselben nur auf dem Wege eines constitutum possessorium zum Eigenthümer machen. Die Behauptung, daß er ihn direct zum Eigenthümer mache, ist nicht haltbar. Die Literatur dieser Frage ist § 155 Note 7 angegeben.

[14] L. 2 § 6 D. pro emt. 41. 4, l. 36 D. de A. R. D. 41. 1, vgl. l. 34 pr. D. de A. v. A. P. 41. 2.

[15] In Betreff dieses Punktes widersprechen sich l. 36 D. de A. R. D. 41. 1 und l. 18 pr. D. de R. C. 12. 1. Die Entscheidung aus dem Principe führt zu dem im Texte aufgestellten Satz. Der Bestimmungsgrund der Willenserklärung ist nicht Bestandtheil derselben (nicht stillschweigende Bedingung). S. auch die Note 16a. A. M. Hofmann (§ 171 Note 5) S. 90 fg., Kohler Annalen der Großh. Badischen Gerichte XL S. 244 (Gesammelte Abhandl. I S. 26 fg. 41 fg.), Bernhöft in der § 171 Note 5 bezeichneten Schrift S. 57 fg., Voigt Arch. f. civ. Pr. LIV S. 28, Huschke das. LXII S. 320 fg., Eisele Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 1 fg., Randa S. 274, vgl. auch Witte Schletter's Jahrb. X S. 12; doch glaube ich nicht, daß diese Schriftsteller das zuvor bezeichnete Argument widerlegt haben. An Vereinigungsversuchen hat es übrigens in alter und neuer Zeit nicht gefehlt, vgl. Pagenstecher II S. 218 fg., Böcking II S. 162—164, Herrmann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VII S. 233, Dernburg Arch. f. civ. Pr. XL S. 1 fg, Schütze Jahrb. d. gem. R. III S. 429 fg., und die bei Vangerow I § 311 Anm. 3 a. E. Citirten, ferner Ihering Jahrb. f. Dogm. XII S. 389 fg., Eisele krit. VJSchr. XX S. 4 (anders derselbe an dem oben angeführten Orte, wo der Dissens der beiden Stellen nicht geleugnet,

6. Weder der Uebertragungs- noch der Erwerbungswille braucht ausdrücklich erklärt zu werden; für den einen und den andern Willen genügt es, daß er aus den Umständen geschlossen werden kann[16]. Steht er aber fest, so bedarf es des Zurückgreifens auf die ihn begleitenden Umstände und der Darlegung des aus ihnen sich ergebenden Bestimmungsgrundes der Uebertragung nicht[16a].

---

sondern nur herabgestimmt wird), Zitelmann Irrthum S. 531 Note 498, Leonhard Irrthum S. 344 fg., Schwemann Arch. f. civ. Pr. LXVIII S. 257, aber keiner ist m. E. gelungen. (Gegen Ihering Kohler Gesammelte Abhandl. I S. 28, Huschke a. a. O. S. 321; gegen Zitelmann Eisele a. a. O. S. 1 fg., Huschke Darlehn S. 19 Note 1.)

[16] Daraus können im einzelnen Fall Zweifel entstehen. Ein besonderer hierher gehöriger Fall ist folgender. Jemand beauftragt den Eigenthümer einer Sache (etwa seinen Schuldner), das Eigenthum derselben einem Andern zu übertragen: wird hier vorher der Auftraggeber zum Eigenthümer gemacht (unter Beschaffung der Tradition durch constitutum possessorium), so daß der Beauftragte dessen Eigenthum als sein Stellvertreter überträgt: oder geht auf den Empfänger unmittelbar das Eigenthum des Beauftragten über? Das Erste wird angenommen in l. 3 § 12. 13 l. 4 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 26 pr. eod., das Zweite in l. 38 § 1 de sol. 46. 3, l. 15 D. de R. C. 12. 1, l. 44 pr. D. de furtis 47. 2, l. 18 D. de cond. furt. 13. 1, vgl. auch l. 61 D. de evict. 21. 2, l. 14 pr. D. de fundo dot. 23. 5, l. 67 [65] § 4 D. ad SC. Treb. 36. 1. Die letzte Entscheidung wird als die allein richtige vertheidigt von Ihering Jahrb. f. Dogm. II S. 133—149. Lotmar Causa S. 99 fg. stellt den Widerspruch einfach als solchen hin. — Andere besondere Frage: liegt beim Genuskaufe in der Annahme einer Sache, welche, ohne daß der Annehmende es weiß, nicht die vertragsmäßigen Eigenschaften hat, die Erklärung, Eigenthümer werden zu wollen? Dagegen Zimmermann Zeitschr. f. Handelsr. XIX S. 397 fg.

[16a] Die Tradition ist s. g. Formal- nicht Materialact (vgl. II § 318. 319). Der Wille als solcher erzeugt rechtliche Wirkung, nicht der Wille in Verbindung mit seinem Bestimmungsgrund. Der Bestimmungsgrund der Tradition ist Erkenntnißquelle für den Eigenthumsübertragungswillen (§ 171 Note 5), nicht dasjenige, was ihm erst rechtlichen Bestand gibt. Dieß ist die herrschende Meinung (vgl. die Citate bei Leist S. 13 fg., Goldschmidt Handelsr. § 79 Note 24), und so auch Exner S. 82 fg. 336, Bekker krit. VJSchr. IX S. 260 fg. 283. Doch wird auch das Gegentheil behauptet, so von Gneist formelle Verträge S. 115 fg., Voigt condictiones ob causam 121 fg., Hesse Wesen und Arten der Verträge S. 43 fg., Brinz S. 1438. 1541 (2. Aufl. I S. 588), Karlowa Rechtsgesch. S. 204 fg. Huschke Arch. f. civ. Pr. LXII S. 324 fg., Randa S. 277 fg. Leist S. 204 fg. erklärt zwar im Uebrigen die Tradition für einen Formalact, nimmt aber die Tradition aus Kauf aus, weil bei dieser der Eigenthumsübergang durch

7. Der Eigenthumsübertragung kann eine Bedingung oder eine Befristung hinzugefügt werden; dafür gelten die gewöhnlichen Grundsätze[17]. Namentlich kommt es bei der auf Grund des Kaufvertrages vorgenommenen Eigenthumsübertragung häufig vor, daß das Eigenthum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten wird[18]. In einem solchen Vorbehalt ist im Zweifel eine auflösende, keine aufschiebende Bedingung zu sehen[18a]. Gerade beim

---

die Zahlung oder Creditirung des Kaufpreises bedingt sei; deßwegen könne allerdings durch Berufung auf die Tradition als solche der Eigenthumsübergang nicht gerechtfertigt werden, es müsse vorher feststehen, daß ex causa venditionis tradirt sei. Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 406 fg. nimmt eine historische Entwickelung an; nach der ursprünglichen Auffassung des römischen Rechts sei die Tradition Material-, nach Justinianischem Recht aber Formalact.

[17] Daß die auflösende Befristung bei der Eigenthumsübertragung directe Wirkung habe, leugnen außer den § 96 Note 6 Genannten auch Böcking II S. 179. 180. Girtanner Jahrb. f. Dogm. III S. 88 fg., Sintenis I § 39 Note 9, Wächter I S. 319 fg.

[18] Pactum reservati dominii. Glück XVI S. 229 fg. Gensler Arch. f. civ. Pr. II S. 291 fg. (1819). Müller Arch. f. civ. Pr. XII S. 247 fg. (1829) und civil. Abhandlungen Nr. 1 (1833). v. Geyso Zeitschr. f. Civ. u. Pr. V S. 161 fg. (1832). Dunker Rhein. Mus. V S. 65 fg. 160 fg. (1833). Hofmann Arch. f. civ. Pr. XVIII S. 254 fg. (1835). Leonhardt zur Lehre von den Rechtsverhältnissen an Grundeigenthum Nr. 4 (1843). Pfitzer Württemb. Arch. f. R. u. RVerwalt. XV S. 209 fg. (1872). Thorsch das pactum re servati dominii (1875). Sintenis I § 49 Note 21, Vangerow I § 311 Anm. 2, Goldschmidt Handelsr. I § 81 Note 29.

[18a] So namentlich Leonhardt a. a. O, ferner Müller und Hofmann a. a. OO. Für die aufschiebende Bedingung namentlich Dunker a. a. O., ferner v. Geyso, Vangerow, Goldschmidt a. a. OO., Randa § 11 Note 29. Beide Meinungen combinirt Sintenis a. a. O.; er sieht in einem solchen Vorbehalte theils eine aufschiebende, theils eine auflösende Bedingung, oder wie er sich ausdrückt, „theils eine reine, theils eine modificirte Suspensivbedingung". Für die aufschiebende Bedingung als condicio iuris: Thorsch. Für die auflösende Bedingung spricht in entscheidender Weise, daß die Parteien mit einem solchen Vorbehalte nichts bezwecken, als möglichste Sicherheit für den rückständigen Kaufpreis (oder die sonstigen von dem Erwerber zu machenden Leistungen, z. B. Seuff. Arch. XVIII. 10, XX. 106), und daß es ihrem wahren Willen gewiß nicht gemäß ist, daß der Verkäufer bis zur Abtragung des Kaufpreises noch über die Kaufsache solle verfügen dürfen und umgekehrt der Käufer des Verfügungsrechtes solle entbehren müssen. Man denke auch an den Fall, wo an das tradirte Grundeigenthum politische oder communale Berechtigungen angeknüpft sind: stehen dieselben dem Käufer mit Eigenthumsvorbehalt nicht zu? Freilich, wenn die

Kaufvertrag gilt aber außerdem die gesetzliche Regel[19], daß das Eigenthumsrecht nicht eher übergeht, bis[19a] der Kaufpreis gezahlt

---

Parteien sich klar darüber ausgesprochen haben, daß Eigenthum nicht eher übergehen solle, bis der Kaufpreis abgetragen sei (vgl. l. 20 D. prec. 43. 26, l. 20 § 2 l. 21 D. loc. 19. 2, Seuff. Arch. VI. 147, XXV. 241—243), so ist die Sache entschieden. Aber Leonhardt hat gewiß Recht, wenn er bemerkt (S. 270), daß selbst solche „von den Parteien gebrauchte Ausdrücke, welche eher auf eine Suspensiv- als auf eine Resolutivbedingung hinzuleiten scheinen, womöglich als Resolutivbedingung zu interpretiren" seien. Vgl. auch Gai. I. 140. Nur muß man eben auch eine eigentliche Resolutivbedingung annehmen, also im Erfüllungsfall eine Wiederauflösung des übertragenen Eigenthums ipso iure (§ 90); eine bloße obligatorische Verpflichtung des Erwerbers zur Rückübertragung, wie sie Hofmann annimmt, leistet den Dienst nicht. Die Praxis ist der auflösenden Bedingung nicht günstig, im Uebrigen sehr zerfahren. Für aufschiebende Bedingung: Seuff. Arch I. 188, II. 10, VII. 51, XVIII. 10, XXXV. 123. 294, XXXVI. 127; für aufschiebende Bedingung so weit es sich um Sicherung des Kaufpreises handelt: X. 14. 237. Für sofortigen Eigenthumsübergang mit Dispositionsbeschränkung: XXIV. 205. Für dingliche Wirkung im Allgemeinen: VI. 146, XII. 6, XXI. 25. Für bloßes Pfandrecht: XXIII. 135, s. auch XVII. 138. Für Ungültigkeit des Vorbehaltes: I. 319. Vgl. noch XX. 106. — Württembergisches Pfandgesetz von 1825 Art. 45: Pfandrechtstitel bei unbeweglichen Sachen, Ungültigkeit des Vorbehalts bei beweglichen. Vgl. Lang Handb. des im KR. Württemberg geltenden Sachenrechts S. 260 fg. Preuß. Gesetz vom 5. Mai 1872: Hypothekentitel. — Eine höchst eigenthümliche Entscheidung hat das RG. 11/7 82 gefällt, Entscheid, VII S. 148 (= Seuff. Arch. XXXVIII. 213): der Verkäufer, welcher den Eigenthumsvorbehalt geltend macht, soll nicht verpflichtet sein, den erhaltenen Theil des Kaufgeldes herauszugeben.

[19] § 41 I. de R. D. 2. 1, l. 19. 53 D. de contr. emt. 18. 1. Cropp in Heise und Cropp Abhandl. Nr. 1 (1827). Strempel iusta causa bei der Tradition § 11 (1856). Leist Mancipation und Tradition S. 46 fg. 199 fg. (1865). Exner Rechtserwerb durch Tradition S. 338 fg. (1867). Nissen die kaufrechtliche Tradition (s. a.). Hofmann über das Periculum beim Kaufe S. 170 fg. (1870). Thöl Handelsr. I § 68. 69. 5. Aufl. I. 2 § 257. Goldschmidt Handelsr. I § 81.

[19a] Welches ist der Grund dieses Satzes? Nach meiner Meinung eine natürliche Billigkeit (§ 41 I. eod.: „iure gentium, i. e. iure naturali id effici"), die dann in den 12 Taf. gesetzliche Anerkennung gefunden hat (eod., vgl. Hofmann S. 170). Leist hat diese natürliche Billigkeit, seiner allgemeinen Auffassung der naturalis ratio gemäß, zu einem „Naturgesetz", einer „Naturnothwendigkeit" gesteigert; s. dagegen Exner S. 341 fg., Bekker krit. VJSchr. IX S. 246 fg., Bechmann Kauf I S. 312 fg. Exner sucht die Erklärung des Satzes in der Unvollkommenheit des ältesten Contractsrechts, nach welchem dem Verkäufer weder actio venditi, noch condictio zu-

oder dem Käufer, mit oder ohne Sicherheit, gestundet ist[19b]. Gestundet ist der Kaufpreis in allen Fällen, in welchen der Verkäufer nicht sofortige Entrichtung nach Empfang erwartet[19c]. —

gestanden habe, so auch Böcking II § 147 Anm. 45 a. E.; Bechmann a. a. O. S. 198 fg. 311 fg. 564 fg. leitet ihn her aus der ursprünglichen Auffassung des Kaufs als eines Austausches von Leistungen (nicht von Verpflichtungen) und bringt die Vorschrift der 12 Taf. in Verbindung mit der Geschichte der Mancipation (vgl. § 385 Note *); Hofmann hält den Satz für entlehnt aus dem griechischen Recht. Sehr verbreitet ist die Annahme, daß der Satz nur Interpretationssatz sei; ohne Zahlung oder Stundung des Kaufpreises sei der Eigenthumsübertragungswille nicht anzunehmen. So namentlich Strempel, Nissen, Thöl, Goldschmidt, Puchta Vorl. zu § 148, Dernburg I S. 488. Diese Annahme ist nicht ohne praktische Bedeutung; ist sie richtig, so muß das Eigenthumsrecht auch dann übergehen, wenn der Verkäufer irrigerweise annimmt, der Kaufpreis sei gezahlt, oder wenn ihm falsches Geld gezahlt wird. So in der That Goldschmidt § 81 Note 23; dagegen Exner S. 322. 340, Leist S. 216 fg.; Seuff. Arch. XXXVII. 194. Ja Dernburg bestreitet auf Grund dieser Annahme dem Satze die gemeinrechtliche Geltung. Mit dem Wortlaute der Quellenaussprüche steht diese Annahme nicht in Einklang, und zu einer beschränkenden Auslegung dieser Aussprüche sehe ich keine Nöthigung. Allerdings kann der Verkäufer auf das ihm gesetzlich zustehende Recht verzichten; aber zu diesem Verzicht genügt nicht der Wille, daß Eigenthum übergehen solle; es ist erforderlich der Wille, daß trotz nicht gezahlten Kaufpreises Eigenthum übergehen solle. Anderes sagt auch Bekker krit. VJSchr. IX S. 259 nicht.

[19b] Der solutio steht gleich (ist später gleichgestellt worden?) die satisfactio (§ 41 I. de R. D. 2. 1, l. 5 § 18 D. de trib. 14. 4, l. 19. 53 D. de contr. emt. 18. 1; l. 11 § 2 D. de A. E. V. 19. 1, l. 38 § 2 D. de lib. causa 40. 12), dann das fidem emtori habere, fidem emtoris sequi (§ 41 I. cit., l. 19 cit.). Leist S. 88 fg., Exner S. 348 fg., Goldschmidt S. 81 Note 13. 17—19, Bechmann der Kauf I S. 342 fg. 576 fg.

[19c] Vgl. namentlich Cropp a. a. O., Thöl S. 422 fg. (6. Aufl. S. 822 fg.), Goldschmidt S. 847 fg. Seuff. Arch. VI. 10, VIII. 40, XV. 201, XVI. 270, XXXI. 114, XXXIX. 99. 205. — Ist ohne Stundung übergeben, so ist der Empfänger zwar nicht Eigenthümer geworden, aber er hat gegen Dritte Publiciana actio (l. 8 D. de Publ. 6. 2), und gegen den Tradenten selbst Schutz, sobald er Zahlung anbietet. Exner S. 354 fg., Goldschmidt S. 852 fg. Das Erk. bei Seuff. Arch. XXVIII. 199 gewährt Schutz gegen den Tradenten schlechthin. Nissen a. a. O. hat die eigenthümliche Ansicht zu begründen gesucht, der Empfänger erhalte keinen juristischen, sondern nur precären Besitz, und daher könne namentlich die Sache ihm vom Verkäufer eigenmächtig wieder weggenommen werden. Die Argumente Nissen's sind nicht beweiskräftig; gegen ihn spricht l. 8 D. de Publ. 6. 2. S. auch Exner krit. VJSchr. XII S. 309 fg. — Hat der Verkäufer, welcher ohne

8. Die Uebergabe der Sache, in welcher der Eigenthumsübertragungsvertrag seinen Ausdruck finden muß, braucht nicht von Hand zu Hand zu erfolgen. Eine abwesende Sache wird dadurch übergeben, daß der Erwerber mit Willen des Uebertragenden den Besitz derselben ergreift[20]. Die Uebergabe wird ersetzt: a) wenn der Erwerber die Sache bereits in Händen hat, dadurch daß er sie mit Willen des Uebertragenden behält[21]; b) wenn ein Grund vorhanden ist, kraft dessen der Uebertragende die Inhabung behält, dadurch daß der Uebertragende sie für den Erwerber zu haben anfängt[22]. Dagegen kann die Uebergabe durch die bloße Erklärung des Uebertragenden, die Sache für den Erwerber haben zu wollen, ebensowenig ersetzt werden, wie durch eine Erklärung des Inhalts, daß hiermit die Sache übergeben sei[22a]. —

Daß durch die Eigenthumsübertragung die an der Sache stattfindenden Rechte Dritter nicht aufgehoben werden, versteht sich von selbst[23]. Etwas Besonderes aber ist es, daß es auch Ein-

---

Stundung tradirt hat, außer der rei vindicatio auch venditi actio, so daß er Eigenthum nicht zu behaupten und zu beweisen braucht? Dafür Goldschmidt a. a. O. Note 43, Exner a. a. O. S. 311, auf Grund der bonae fidei Natur des Kaufes (II § 389 Note 1a). Seuff. Arch. XVI. 270. Ich bin der gleichen Meinung: nach dem Rechte der Voraussetzung. Vgl. II § 321 Ziff. 2. — Separationsrecht auch bei gestundetem Kaufpreis nach Particularrechten (Goldschmidt Handelsr. § 82) und KO. § 36. Mandry S. 321. Oetker das Verfolgungsrecht (right of stoppage in transitu) nach § 36 der Reichsconcursordnung. Kassel 1883. Goldschmidt Handelsr. § 82.

[20] Vgl. § 153 Note 9; l. 47 D. de R. V. 6. 1, l. 9 § 7 D. de A. R. D. 41. 1, l. 6 D. de don. 39. 5, l. 62 [61] § 8 D. de furtis 47. 2.

[21] S. g. brevi manu traditio. S. § 154 Note 2.

[22] a) Er ist Inhaber. S. g. constitum possessorium. S. § 155 Note 8c. b) Er ist juristischer Besitzer. L. 21 § 1 D. de A. R. D. 41. 1. „Si rem meam possideas, et eam velim tuam esse, fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit". L. 46 D. de R. V. 6. 1. Exner S. 21 fg., Sohm Zeitschr. f. Handelsr. XVII S. 38 fg.

[22a] Es ist nachgelassen, daß das Hingeben erspart werde, wenn die Sache dennoch zurückgegeben worden sein würde. Dieß trifft zu in dem Falle der Note 22, wie in dem der Note 21. Mehr ist nicht nachgelassen. Das Nähere § 155 Note 8c. Vgl. noch Brunner zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde I S. 116 fg.

[23] L. 54 pr. l. 175 § 1 l. 177 pr. D. de R. I. 50. 17.

reden gibt, welche mit dem Eigenthum auf den Erwerber übergehen[24].

Veräußerungsverbote*.

§ 172a.

Ein Veräußerungsverbot kann auf Gesetz, auf richterlicher Verfügung oder auf Privatwillen beruhen.

1. Ein gesetzliches Veräußerungsverbot[1] macht die in Wider-

[24] S. z. B. § 78 Note 6, § 80 Note 5, § 112 Note 2, § 132 Note 3, § 197 Note 5. 6, II § 337 Note 9.

* Lauk Zeitschr. f. Civ u. Pr. V S. 1 fg. (1841). Bachofen ausgewählte Lehren Nr. 2—7 (1848). Fr. Schröder zur Lehre von den gesetzlichen Veräußerungsverboten. Heidelberg 1875. (Vgl. über diese Schrift Kohler krit. VJSchr. XIX S. 143 fg.) Pagenstecher I § VIII—IX, Randa § 8, Vangerow I § 299, Böcking II § 158.

§ 172a. [1] Die gesetzlichen Veräußerungsverbote des römischen Rechts sind: a) das Verbot der Veräußerung der in Streit befangenen Sachen (§ 125), der zur Dos und zur Eheschenkung gehörigen unbeweglichen Sachen (II § 497. 508 Note 8), der Sachen des s. g. peculium adventicium durch das Kind ohne Consens des Vaters (II § 517 Ziff. 2), der vermachten Sachen (III § 648 Ziff. 4); b) das Verbot der Veräußerung der Sachen des Mündelvermögens durch den Vormund ohne Consens der obervormundschaftlichen Behörde (II § 441) und der unbeweglichen Sachen der Kirchen und frommen Stiftungen durch ihre Verwalter (Nov. 7. 120, c. 5 X. de reb. alien. 3. 13, Brinz S. 110, vgl. dens. S. 1102. 1103 fg.); c) das Verbot der Veräußerung der Sachen des peculium adventicium durch den Vater (II § 517 Ziff. 2) und der Sachen des lucrum nuptiale durch den parens binubus (II § 511 Ziff. 2). Man darf den bei b und c genannten Bestimmungen die Natur eines gesetzlichen Veräußerungsverbotes nicht deßwegen bestreiten, weil sie sich nicht an den Eigenthümer wenden. Denn für die bei b genannten Bestimmungen kommt in Betracht, daß die Person, an welche sie sich wenden, in einer Lage ist, welche sie an und für sich zur Veräußerung befähigt, für die sämmtlichen aber bei b und c genannten, daß die Wirkung der gesetzlichen Veräußerungsverbote nicht allein in der Verhinderung des Eigenthumsüberganges besteht. Durch das gesetzliche Veräußerungsverbot wird auch die ordentliche Ersitzung (§ 182 Ziff. 5) und in Verbindung damit die Publicianische Klage (§ 199 Ziff. 3) ausgeschlossen, und kann ausgeschlossen werden die Gültigkeit des auf die Veräußerung gerichteten Geschäfts nach seiner obligatorischen Seite. Diese Richtung des Veräußerungsverbotes auf die obligatorische Seite des Veräußerungsgeschäftes ist namentlich von Schröder a. a. O. (s. namentlich S. 14 fg. 171 fg.) hervorgehoben worden, welcher Schriftsteller nur darin zu weit geht, daß er die obligatorische Ungültigkeit des Veräußerungsgeschäftes als eine nothwendige Folge des gesetzlichen Veräußerungsverbotes ansieht, während

spruch mit demselben erfolgende Veräußerung nichtig[2]. Durch späteres Wegfallen des Veräußerungsverbotes (der thatsächlichen

nach meiner Ansicht es zwar sehr nahe liegt, daß das Gesetz sich diese Tragweite habe beilegen wollen, aber doch möglicherweise auch das Gegentheil gewollt sein kann. — Nicht dagegen darf von einem gesetzlichen Veräußerungsverbote da gesprochen werden, wo dem Eigenthümer die Veräußerungsbefugniß wegen mangelnder Handlungsfähigkeit abgeht (§ 71), und daher ist Schröder (S. 184 fg.) darin beizutreten, daß ein gesetzliches Veräußerungsverbot nicht in der Bestimmung enthalten sei, welche dem Mündel die Veräußerung ohne Consens der obervormundschaftlichen Behörde untersagt (II § 442 Note 5), während die gleiche Auffassung der l. 8 § 5 C. de bonis quae lib. 6. 61 (Schröder S. 188 fg.) m. E. nicht genügenden Grund hat. — Antiquirte Fälle gesetzlicher Veräußerungsverbote in: l. 52 D. de contr. emt. 18. 1 (Bachofen a. a. O. Nr. 7), l. 2 C. de eunuchis 4. 42, Cod. 10. 34 [33] de praediis decuriorum sine decreto non alienandis (Bachofen a. a. O. Nr. 6), l. 7 C. de agric. 11. 48 [47], Cod. 11. 56 [55] non licere habitatoribus metrocomiae loca sua ad extraneum transferre. — Neuere reichsgesetzliche Veräußerungsverbote: KO. § 6, StrPO. § 326. 334. 480.

[2] Die Nichtigkeit kann auch von dem Veräußerer selbst geltend gemacht werden (l 16 C. de praed. min. 5. 71, l. 1 C. de praed. dec. 10. 34 [33], l. 7 C. de agricol. 11. 48 [47]). Man hat sich dawider auf l. 17 D. de evict. 21. 2 berufen; aber diese Stelle handelt nicht von einem Fall, wo der Eigenthumsübergang gesetzlich verboten ist, vgl. auch l. 32 § 2 D. ad SC. Vell. 16. 1. Es ist auch diese Befugniß des Veräußerers in der neueren Zeit ziemlich allgemein anerkannt worden (Brandis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII S. 183—187, Schmid I S. 36. 37, Vangerow I § 299 Anm. Nr. 1, Böcking II § 158 Note 6, Pagenstecher I S. 71. 72, Sintenis I § 38 Note 9, Holzschuher II § 105 Note 2, Schröder a. a. O. S. 4). Früher wurde vielfach das Gegentheil gelehrt, schlechthin oder mit Ausnahme der lediglich im Interesse des Veräußerers getroffenen Veräußerungsverbote, vgl. Lauk a. a. O. S. 8—10. Für das Veräußerungsverbot des Dotalgrundstücks wird diese Ansicht auch jetzt noch vertheidigt von Puchta zu § 417 a. E., Bachofen a. a. O. S. 108, Fitting Arch. f. civ. Pr. XLII S. 167—172, Brinz S. 1232 fg. (vgl. 2. Aufl. I S. 492); s. dagegen Brandis a. a. O. S. 191—194, Vangerow I § 218 Anm. 3, Arndts § 402 Anm. 2, Czyhlarz Zeitschr. für Civ. u. Pr. N. F. XXII S. 430 fg. und Dotalrecht S. 204 fg., Bechmann Dotalrecht II S. 457. 459. Gegen das hier Gelehrte Seuff. Arch. VI. 217. 231, IX. 169; dafür XIX. 161, XXII. 12 a. E. — Eine andere Frage ist es, ob der die Nichtigkeit der Veräußerung geltend machende Veräußerer nicht zur Entschädigung verpflichtet ist. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob eine gültige Verpflichtung zur Veräußerung oder aus der Veräußerung (dem Veräußerungsgeschäft) vorliegt. Was das Letztere (die Verpflichtung aus dem Veräußerungsgeschäft) anlangt, so ist nach allgemeinen Grundsätzen zu unterscheiden, wie folgt: a) das Veräußerungsverbot hat den

Voraussetzungen des Veräußerungsverbotes) wird die Nichtigkeit nicht zur Gültigkeit, jedoch kann jetzt der Eigenthümer die Nichtigkeit nicht mehr geltend machen; es greifen hier die gleichen Grundsätze Platz, wie in dem Falle, wo der veräußernde Nichteigenthümer hinterher Eigenthümer wird[3]. Eine Ausnahme von der Folge der Nichtigkeit gilt a) für das Verbot der Veräußerung der im Streit befangenen Sache; diese Veräußerung ist gültig, nur unwirksam für den anhängigen Proceß[3a]. b) Wenn neuere Reichsgesetze die Wirkung eines von ihnen verfügten Veräußerungsverbotes dahin bestimmen, daß die Veräußerung nichtig gegenüber gewissen Personen sei[3b], so ist damit die Veräußerung in der That für anfechtbar erklärt[3c].

2. Gleichfalls Nichtigkeit der Veräußerung hat ein richterliches Veräußerungsverbot zur Folge[4].

Sinn, daß das Veräußerungsgeschäft auch nach seiner obligatorischen Seite nichtig sein soll. Dann ist nur ein Anspruch auf das s. g. negative Vertragsinteresse und nur für den gutgläubigen Erwerber begründet (§ 307 Note 5). b) Das Veräußerungsverbot vernichtet das Veräußerungsgeschäft nach seiner obligatorischen Seite nicht. Dann ist für den gutgläubigen Erwerber ein Anspruch auf das volle Erfüllungsinteresse begründet; dem Erwerber dagegen, welcher das Veräußerungsverbot gekannt hat, steht auch in diesem Fall ein Anspruch nicht zu, da er sich zum Gläubiger auf eine Leistung gemacht hat, deren Unmöglichkeit er kannte. Besondere und theilweise abweichende Quellenentscheidungen in: l. 3 § 4 C. comm. de leg. 6. 43, l. 5 [4] C. de litig. 8. 36 [37], l. 9 C. de praed. min. 5. 71, l. 1 C. de bon. mat. 6. 60, l. 7 C. de agric. 11. 48 [47], Nov. 7 c. 5, Nov. 61 c. 4. Vgl. Brandis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII S. 180 fg., Mommsen Unmöglichkeit der Leistung § 3 und namentlich Schröder a. a. O.; s. auch II § 497 Note 13. Schröder gibt, trotzdem daß er das Veräußerungsgeschäft immer auch obligatorisch nichtig werden läßt (Note 1), dennoch dem gutgläubigen Erwerber einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse. Vgl. auch II § 423 Note 3.

[3] In diesem Sinne ist, wie die Schlußworte unzweifelhaft machen, zu verstehen l. 42 D. de usurp. 41. 3. „Cum vir praedium dotale vendidit scienti vel ignoranti rem dotis esse, venditio non valet: quam defuncta postea muliere in matrimonio confirmari convenit, si tota dos lucro mariti cessit. Idem iuris est, cum is, qui rem furtivam vendidit, postea domino heres exstitit".

[3a] S. § 125 Note 5 fg.

[3b] KO. § 6: „den Konkursgläubigern gegenüber". StrPO. § 326: „der Staatskasse gegenüber". Hinzuzufügen StrPO. § 428. CPO. § 817 Abs. 2 (vgl. Mandry S. 245). KO. § 98 steht unter dem Recht des § 6 das.

[3c] S. § 82 Note 8 a. E.

3. Anders dagegen verhält es sich mit den auf Privatwillen beruhenden Veräußerungsverboten. Ein letztwilliges Veräußerungsverbot ist ohne alle rechtliche Bedeutung. Zwar wenn es mit Rücksicht darauf getroffen ist, daß die betreffende Sache später an einen Andern fallen soll, tritt Nichtigkeit der Veräußerung allerdings ein; aber Grund dieser Nichtigkeit ist nicht das testamentarische Veräußerungsverbot, sie würde ganz in gleicher Weise auch ohne dasselbe eintreten; ihr Grund ist das Recht des Dritten, oder, wenn überhaupt ein Veräußerungsverbot, ein gesetzliches (Note 1)[5]. Ein vertragsmäßiges Veräußerungsverbot begründet, wenn die Veräußerung dennoch erfolgt, ein Forderungsrecht auf

---

[4] L. 12 D. de usurp. 41. 3, l. 7 § 5 D. pro emt. 41. 4; l. 31 § 4 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 8 D. de pollic. 50. 12. Seuff. Arch. XXIV. 206, XXIX. 92. 190; XXXIX. 192. S. auch II § 400 Note 7. c. β. Manche (Zauk a. a. O. S. 3, Böcking II § 158 Note 5, Brinz S. 190) wollen die richterlichen Veräußerungsverbote als eine besondere Art der Veräußerungsverbote nicht anerkennen. S. dagegen Pagenstecher I S. 68—70, Arndts § 132 Note 2, Fitting Arch. f. civ. Pr. LI S. 273 fg.

[5] L. 114 § 14 D. de leg. I° 30, l. 69 § 3 l. 77 § 27 D. de leg. II° 31; l. 3 § 2. 3 C. comm. de leg. 6. 43. Vgl. Note 1 und die Schrift von E. A. Seuffert, das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalvermächtnissen nach röm. Recht (1854). Von einem Falle wie der hier bezeichnete ist auch zu verstehen l. 7 C. de reb. al. 4. 51. In l. 2 C. de usuc. pro emt. 7. 26 ist das Wirksame nicht das testamentarische Veräußerungsverbot, sondern die testamentarische Beschränkung der vormundschaftlichen Gewalt (vgl. l. 1 § 2 D. de reb. eor. 27. 9 und Unterholzner Verjährungslehre I § 38, Stephan Arch. f. civ. Pr. XXXIV S. 362 fg.). Seuff. Arch. III. 302. — A. M. neuerdings Fitting Arch. f. civ. Pr. LI S. 270 fg.: das testamentarische Veräußerungsverbot soll in allen Fällen Nichtigkeit begründen, wo demselben nur nicht „jedes erweisliche Interesse abgeht". Aber der wahre Sinn des „nudum praeceptum" in l. 114 § 14 D. de leg. I° kann nach l. 38 § 4 l. 93 pr. D. de leg. III° kaum zweifelhaft sein (Veräußerungsverbot ohne Fideicommiß zu Gunsten eines Andern), und die Beweiskraft von l. 69 § 3 l. 77 § 27 D. de leg. II° scheint mir von Fitting unterschätzt. L. 38 pr. D. de leg. III°, wo Mommsen nach Cujacius emendirt non ignoraverunt, ist doch wohl von der missio in rem des Fideicommissars (III § 648 Note 14) zu verstehen. Aehnlich wie Fitting Brinz 2. Aufl. I S. 488 fg. Dawider Randa § 8 Note 37. Vgl. noch Leist Forts. von Glück, Serie der Bücher 37 u. 38, IV S. 601 fg. — Letztwillige Anordnung einer Strafe für den Fall der Veräußerung: vgl. Bruns fontes iuris Romani antiqui p. 158—159.

Rückgabe des mit der Auflage der Nichtveräußerung Gegebenen[6] oder auf Entschädigung[7]; aber nichtig macht es die Veräußerung nicht[8].

C. Eigenthumsübergang durch Richterspruch.

§ 173.

Der Richter[1] kann durch seinen Spruch Eigenthum übertragen im Theilungsprocesse (Adjudication)[1a]; ferner, wenn sich

---

[6] Nach dem Rechte der Voraussetzung (§ 98). L. 3 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6.

[7] L. 75 D. de contr. emt. 18. 1, l. 21 § 5 D. de A. E. V. 19. 1, l. 135 § 3 D. de V. O. 45. 1. Von der Gültigkeit der Obligation auf Nichtveräußerung reden auch l. 7 C. de reb. al. 4. 51, l. 9 C. de pact. int. emt. 4. 54. Seuff. Arch. XXXIII. 201.

[8] L. 61 D. de pact. 2. 14. „Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat, aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat, aut ne vicino invito praedium alienet". Gibt es Ausnahmen von diesem Satz? Eine unzweifelhafte aber antiquirte in l. 9 D. de manumiss. 40. 1, l. 9 § 2 D. qui et a quib. 40. 9, l. 5 C. si manc. 4. 57. Vgl. darüber Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 546 fg. Eine andere ist nach der Lesart der Florentinischen Handschrift enthalten in l. 7 § 2 D. de distr. pign. 20. 5. „Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque veniri possit. Et certum est, nullam esse venditionem, ut pactioni stetur". Zwar hatten die Glossatoren Handschriften, in denen gelesen wurde: nullam esse pactionem (oder conventionem), ut venditioni stetur, und diese Lesart wird von Manchen für die richtige erklärt, indem Einige zugleich den Anfang so ändern: „si pactum sit a debitore, ne liceat creditori hypothecam vendere" (zu den Letzteren gehören namentlich Puchta Zeitschr. f. gesch. RW. XII S. 220 fg. [kl. civ. Schriften Nr. 38] und Böcking II S. 193—195); aber bei der Bestätigung, welche die Florentina durch die Basiliken (XXV. 7. 7) empfängt, verdient jene Abweichung nicht die mindeste Beachtung. Soll hier geholfen werden, so kann dieß nur durch Conjectur geschehen, und sinnreich, aber allerdings ebenfalls gegen die griechische Ueberlieferung, schlägt jetzt Mommsen vor: „et certum est, nullam esse (sc. pactionem), *nec impediendam esse* venditionem, ut pactioni stetur". Nähere Literaturangaben bei Böcking a. a. O. und Vangerow I § 299 Anm. Nr. 4; s. noch Dernburg Pfandr. II S. 20—28, Wächter II S. 21 fg., Kohler pfandrechtl. Forschungen S. 21 fg. Pagenstecher I S. 62 a. a. O. will die Stelle verstanden wissen von dem Vertrage über die Nichtveräußerung des dem Schuldner von einem Dritten (seinem Schuldner) gegebenen Pfandes. Dagegen Vangerow a. a. O.,

für das Pfand kein Käufer findet[2], und im Falle, wo der Eigenthümer eines Grundstücks, von welchem Schaden zu fürchten ist, für den Ersatz desselben Sicherheit zu geben beharrlich sich weigert[3]. Dadurch daß der Richter im Eigenthumsproceß ein dem Kläger günstiges Urtheil erläßt, begründet er nicht Eigenthum, sondern erkennt das vorhandene an[4]. Dagegen gehört in diesen Zusammenhang noch der Fall, wo der Richter die Eigenthumsübertragungserklärung des zur Abgabe derselben Verpflichteten durch sein Urtheil ersetzt; durch die Vollstreckung dieses Urtheils erwirbt der Kläger das Eigenthum[5].

Arndts § 132 Anm. 5 a. E. — Particularrechtlich kann das Veräußerungsverbot durch Eintragung in das Hypothekenbuch dingliche Wirksamkeit gewinnen. Mittermaier deutsch. Privatr. I § 263 a. E. Seuff. Arch. I. 176.

[1] Bei der Enteignung (Expropriation) erfolgt der Eigenthumsübergang durch den Spruch einer nichtrichterlichen Behörde; die Enteignung ist aber kein gemeinrechtliches Institut. Vgl. Stobbe II § 92. Das Gleiche gilt von dem Eigenthumsübergang in Folge von Gemeinheitstheilung, zwangsweiser Zusammenlegung von Grundstücken, Regulirung gutsherrlicher und bäuerlicher Verhältnisse, Ablösung von Reallasten und Dienstbarkeiten. § 173.

[1a] Der Richter kann durch sein Urtheil sonst nur obligatorische Rechte begründen, im Theilungsproceß auch dingliche, und so auch Eigenthum, zu Gunsten der Theilhaber oder Fremder. S. § 7 I. de off. iud. 4. 17, l. 6 § 3 D. de statulib. 40. 7, l. 17 D. de usurp. 41. 3, und vgl. II § 449 Note 19—21.

[2] Nach römischem Recht war bei nicht gerichtlichen Pfändern eine Zuerkennung durch den Kaiser nöthig. L. 15 § 3 D. de re iud. 42. 1, l. 3 C. de exsec. rei iud. 7. 53, l. 3 C. si in causa iud. 8. 22 [23], Cod. 8. 33 [34] de iure dominii impetrando. Vgl. § 238. — Geht nach heutigem Recht auch durch Zuschlag in der gerichtlichen Versteigerung sofort Eigenthum über? Dafür Dernburg Pfandr. II S. 263, Regelsberger civilr. Erörter. I S. 193 fg., Stobbe II § 92 z. A., Seuff. Arch. XIX. 17, XXIV. 214.

[3] S. g. cautio damni infecti. S. II § 458. 459. Nach römischem Rechte wurde durch den Spruch des Richters (Magistratus) nicht eigentliches Eigenthum erworben, sondern nur richterlicher Eigenthumsschutz (s. g. bonitarisches Eigenthum), welcher sich erst durch die Vollendung der Ersitzung in eigentliches (civiles) Eigenthum verwandelte. L. 7 pr. l. 15 § 21. 23. 26. 27. 33 D. de damno inf. 39. 2.

[4] Vgl. l. 8 § 4 D. si serv. 8. 5. „Et si quidem is obtinuerit, qui servitutem sibi defendit, non debet ei servitus cedi: sive recte pronuntiatum est, quia habet, sive perperam, quia per sententiam non debet servitus constitui, sed quae est declarari". L. 35 § 1 D. de R. V. 6. 1.

[5] CPO. § 779. „Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung

D. Eigenthumsübergang durch Gesetz.

§ 174.

Unmittelbar durch Gesetz, ohne Vermittelung durch die Willenserklärung des Eigenthümers oder des Richters, geht das Eigenthum über[1]:

1) in gewissen Fällen zur Strafe des Eigenthümers (Verwirkung); so[1a] das Eigenthum der dem Zoll entzogenen Sachen an die Zollbehörde[2]; das Eigenthum der zum Ehegewinn gehörigen Sachen im Falle der Wiederverheirathung an die Kinder der ersten Ehe[3]; das Miteigenthum an einem gemeinschaftlichen Gebäude im Falle verweigerter Beihülfe zur Reparatur an den Miteigenthümer[4]. Mit dieser letzteren Bestimmung läßt sich die andere zusammenstellen, daß das Eigenthum eines fruchttragenden,

---

verurtheilt, so gilt die Willenserklärung als abgegeben, sobald das Urtheil die Rechtskraft erlangt hat". § 769. „Hat der Schuldner eine bewegliche Sache oder von bestimmten beweglichen Sachen eine Quantität herauszugeben, so sind dieselben vom Gerichtsvollzieher ihm wegzunehmen und dem Gläubiger zu übergeben". Vgl. § 755. „Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen . . . bestimmt sich nach den Landesgesetzen". (In Betreff des Rechts vor der CPO.: Bethmann-Hollweg Handb. d. Civilproz. I S. 339 [römischer Civilproc. III S. 313. 314], Wetzell System d. Civilproc. § 50 Note 82, Wächter Erörter. II S. 30, vgl. denf. das Superficiar- oder Platzrecht [Leipzig 1868] S. 105; Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XI S. 11 fg.)

§ 174 [1] Zu den im Folgenden genannten Sätzen fügen Andere den allgemeinen Satz hinzu, daß jedes turpe lucrum, auf welches kein Dritter einen Anspruch habe, an den Fiscus falle. Dafür das Urtheil bei Seuff. Arch. XI S. 155. — Aus dem neueren Reichsrecht gehört hierher die (strafrechtlich erkannte) „Einziehung" des StrGB. § 40. 152. 295. 335. 369 a. E. und des Reichsgef. 14/5 79 § 15, so wie die „Auslieferung" und „Ueberweisung" der Reichsstrandungsordn. 17/5 74. Doch ist hier nicht Alles klar, und im Besonderen bleibt der Zweifel, ob nicht diese Fälle besser unter den vorhergehenden Paragraphen zu stellen sind. Vgl. Mandry S. 352 fg., Stobbe II § 149 Nr. IV, Dernburg I S. 495.

[1a] Vgl. auch § 123 Note 4. 4a.

[2] L. 14 l. 11 § 2 D. de publ. 39. 4. Näheres: l. 16 § 10 eod.; l. 7 § 1 eod., l. 9 § 5 D. de min. 4. 4; l. 3 C. de vectigalibus 4. 61; l. 2 C. eod. (die Verwirkung kann nur binnen 5 Jahren geltend gemacht werden). Vgl. Pernice Parerga II S. 130 fg. Vereinszollgesetz 1/7 69 § 134. 156. Mandry a. a. O. 357.

[3] S. II § 511.

[4] S. § 169a Note 3c.

vom Eigenthümer vernachlässigten, steuerpflichtigen Grundstücks an diejenigen übergeht, welcher es in Cultur nimmt[5]. — Ferner gehören hierher

2) eine Reihe von Fällen, in welchen ein obligatorisch Berechtigter die Wahl hat, ob er sein obligatorisches Recht geltend machen, oder ob er die Sache, welche er zu fordern hat, bez. das für den Forderungsgegenstand Angeschaffte, sofort als das Seinige in Anspruch nehmen will. Diese Befugniß steht zu: a) der Ehefrau, an welche nach aufgelöster Ehe die Dos fällt, in Betreff der vom Manne noch nicht in berechtigter Weise veräußerten Sachen[6]; b) dem Mündel in Betreff des vom Vormunde mit seinem Gelde Angeschafften[7]; c) dem Soldaten in Betreff des mit seinem Gelde Angeschafften[8].[9]

[5] Der Eigenthumsübergang erfolgt jedoch erst, wenn sich der bisherige Eigenthümer binnen zwei Jahren nicht meldet und dem Bebauer seine Auslagen ersetzt. L. 8 C. de omni agro des. 11. [59] 58. Schmid § 7 Note 50, Vangerow I § 313, Böcking § 154. 1—o, Holzschuher II § 106 Nr. 2.

[6] L. 30 C. de I. D. 5. 12. Vgl. II § 503 Nr. 2.

[7] L. 2 D. quando ex facto 26. 9, l. 3 C. arb. tut. 5. 51.

[8] L. 8 C. de R. V. 3. 32. Ob der Anschaffende Geschäftsführer des Soldaten war, oder nicht, ist gleichgültig. A. M. Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 145, Kindervater Jahrb. d. gem. R. VI S. 352, Vangerow in der 7. Aufl. I S. 630. Es ist zuzugeben, daß diese beschränkende Auslegung der l. 8 C. cit. möglich ist; doch ist sie in keiner Weise geboten.

[9] In den unter b und c genannten Fällen wird dem Berechtigten eine rei vindicatio utilis gegeben. Ich betrachte dieselbe als Ausdruck des übergegangenen Eigenthumsrechts, wie die rei vindicatio utilis des bonitarischen Eigenthümers. Dagegen hat Ihering (Jahrb. f. Dogm. I S. 120 fg.) die Ansicht aufgestellt, dieselbe sei nur eine andere Form der Geltendmachung des obligatorischen Anspruchs, und daher namentlich gegen jeden dritten Besitzer ausgeschlossen; und die gleiche Natur spricht Ihering der Vindication der Ehefrau auf die Dotalsachen zu. Nun ist es auch unbestreitbar, daß die rei vindicatio utilis der Quellen in einer Reihe von Fällen die bezeichnete Function wirklich hat. Dahin gehören unzweifelhaft die Fälle der l. 9 § 2 D. de A. R. D. 41. 1 (§ 34 I. de R. D. 2. 1), der l. 5 § 3 D. de R. V. 6. 1 und der l. 55 vgl. 30 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (Windscheid die Actio ꝛc. S. 214— 216), und auch die Fälle der l. 30 D. de mort. c. don. 39. 6, der l. 15 C. de don. ante nupt. 5. 3, und der l. 1 C. de don. quae sub modo 8. 54 [55] bin ich jetzt geneigt, hierher zu stellen, nach dem Princip, daß ohne Noth keine Singularität, und nicht statt einer kleineren die größere angenommen werden soll. Dagegen vertragen m. A. nach eine solche beschränkende Auslegung weder l. 30 C. de I. D. 5. 12 noch l. 2 D.

E. Ersitzung*.

Einleitung.

§ 175.

Der allgemeine Gedanke der Verjährung (§ 105) findet seine Anwendung auch bei dem Erwerbe des Eigenthums; Eigenthümer ist, wer eine Sache längere Zeit hindurch besessen hat; man sagt

quando ex facto tut. 26. 9, jene nicht wegen ihres Schlußsatzes über den Beginn der Verjährung des Dotalanspruchs, diese nicht wegen der in ihr enthaltenen Zusammenstellung der rei vindicatio utilis mit der utilis in personam actio, welche unbezweifelt Ausdruck des übergangenen Forderungsrechts ist. Die Auslegung der l. 2 cit. muß dann auch maßgebend sein für die Auslegung der l. 8 C. de R. V. cit. Windscheid a. a. O. S. 217. 218. Gegen Ihering: Arndts § 145 Anm. 3, Kindervater Jahrb. d. gem. R. VI S. 337 fg., Wächter II S. 177 fg., welche beide Letzteren in allen hier genannten Fällen Eigenthum (Kindervater: „fingirtes Eigenthum") annehmen; theilweise wie hier Voigt condictiones ob causam § 85, welcher aber die rei vindicatio im Ihering'schen Sinne noch weiter beschränkt, als hier geschehen. Neuestens: Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 517 fg. — Nach einer noch andern Meinung ist die Stellung des Mündels und des Soldaten (und des Ehegatten in l. 55 D. de don. i. v. e. u. 24. 1) gleich der eines Cessionars der rei vindicatio, so daß zwar sein Klagerecht nicht auf die Person des Anschaffenden beschränkt sein, aber erlöschen soll, wenn dieser sein Eigenthumsrecht verliert, und daher namentlich auch nicht gegen den Singularsuccessor gehen soll. So Vangerow I § 332 Anm. 3 Nr. III. 2 und (für den Mündel) Dernburg Pfandr. I S. 326. — Die neueste Bearbeitung dieser Lehre ist enthalten in der Schrift von Fr. Schulin über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio, Marburg 1873. Dieser Schriftsteller nimmt in allen oben genannten Fällen Publiciana actio mit replicatio gegen die exceptio dominii an. Bemerkungen hiergegen s. in der vierten Auflage dieses Lehrbuchs. S. ferner Brinz krit. VJSchr. XVI S. 252 fg., Hartmann die Obligation S. 134. 148, Huschke das Recht der Publicianischen Klage S. 33 fg.; gegen den Letzteren wieder Schulin krit. VJSchr. XVIII S. 536 fg. — Die kleine Schrift von E. Drey, die utilis actio ad rem vindicandam des Pfleglings, München 1882, gibt eine Uebersicht der über diesen Fall der utilis actio aufgestellten Ansichten, und erklärt sich ihrerseits für fingirtes Eigenthum. — Fernere Literatur: Schmid S. 271—276, Pagenstecher III S. 22—25, Sintenis I § 52 Anm. 7, A. Schmid Grundlehren der Cession II S. 337 fg.

* Inst. 2. 6 de usucapionibus et longi temporis possessionibus. Dig. 41. 3 de usurpationibus et usucapionibus; 41. 4—10. Cod. 7. 33 de praescriptione longi temporis X vel XX annorum; 7. 26—31. 34—40.

er habe die Sache ersessen[1]. Jedoch führt der langdauernde Besitz nicht in allen Fällen zum Eigenthumserwerb; die Ersitzung hat außer dem Besitze noch andere Erfordernisse. In dieser Beziehung ist zu unterscheiden zwischen der ordentlichen Ersitzung und der von Justinian neu eingeführten außerordentlichen. Zu jener ist erforderlich, daß der Besitz zugleich subjectiv redlich und objectiv gerechtfertigt gewesen sei[2]; außerdem erleidet sie Ausnahmen in

— Unterholzner ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre (1827), 2. Aufl. bearbeitet von Schirmer (1858), an den betreffenden Stellen. Reinhardt die Usucapio und Praescriptio des Römischen Rechts (1882). Schirmer die Grundidee der Usucapion im römischen Recht (1855), und Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XV S. 207 fg. 279 fg., XVI S. 1 fg. (1858. 1859). Pagenstecher II S. 229—355, Schmid I S. 184—267, Böcking II § 144—149, Sintenis I § 51, Vangerow I § 314—325, Brinz 2. Aufl. I § 153—163. — Vgl. auch Zrodlowski Untersuchungen aus dem österreichischen Civilrecht mit Berücksichtigung des römischen Rechts und der neueren Gesetzbücher (Prag 1872) S. 1—126.

[1] Die deutschen Ausdrücke „ersitzen, Ersitzung" entsprechen unmittelbar § 175. den römischen „usucapere, usucapio". Die Stellen, in welchen der der Ersitzung zu Grunde liegende Gedanke bezeichnet wird, s. § 105 Note 3 und 4. Von den verschiedenen Schriftstellern wird der der Ersitzung zu Grunde liegende Gedanke in verschiedener Weise gefaßt, indem bald mehr die Zeit (so unter den Neueren namentlich Stintzing das Wesen von bona fides und titulus in der römischen Usucapionslehre [1852]), bald mehr der gute Glaube, bald mehr der Titel (Scheurl Beiträge II Nr. 15), bald mehr der Besitz (Schirmer die Grundidee ꝛc. § 1. 2) betont wird. Dem Letzteren ist die Ersitzung „die thatsächlich durchgeführte und mit Rücksicht darauf auch vom Rechte anerkannte Unterwerfung der Sache unter die Herrschaftssphäre der vermögensrechtlichen Persönlichkeit".

[2] Daß, wenn der Besitz diese Eigenschaften nicht hat, der Besitzer sie ihm durch seinen Entschluß nicht geben kann, versteht sich von selbst. Wenn es nichtsdestoweniger in den Quellen ausdrücklich hervorgehoben wird („nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest"), so hat das lediglich einen historischen Grund. Im älteren Recht gab es nämlich Fälle, in denen ohne Redlichkeit und Rechtfertigung ersessen werden konnte (Gai. II. 52. 60); für diese Fälle hatte jene Regel guten Sinn: es sollte Niemand einen in anderer Meinung ergriffenen Besitz zu einer solchen Ersitzung benützen können, vgl. l. 33 § 1 D. h. t., l. 2 § 1. 2 D. pro her. 41. 5. Später ist dann die Regel auch auf andere Fälle der Ersitzung, ja über die Ersitzung hinaus, angewendet worden, wo sie sehr überflüssig war. Vgl. l. 33 § 1 D. h. t., l. 2 § ult. D. pro emt. 41. 4, l. 1 § 2 D. pro don. 41. 6, l. 3 § 19. 20 D. de poss. 41. 2, l. 6 § 3 D. de prec. 43. 26, l. 23 C. loc. 4. 65, l. 5 C. de poss. 7. 32. Unterholzner I § 100, Savigny Besitz S. 75—80

solchen Fällen, in welchen der Verlust des Eigenthums für den Eigenthümer eine unbillige Härte sein würde. Die außerordentliche Ersitzung verlangt nichts als Vollendung der Verjährung des Eigenthumsanspruchs wegen Vorenthaltung der Sache bei Redlichkeit des Besitzes. —

Die ordentliche Ersitzung des römischen Rechts ist zusammengewachsen aus zwei ursprünglich sehr verschiedenen Instituten, der usucapio und der longi temporis praescriptio. Justinian hat der usucapio die unbeweglichen Sachen, der longi temporis praescriptio die beweglichen entzogen, die letztere zugleich auf alle unbeweglichen Sachen ausgedehnt. Dabei setzt er voraus, daß nach den von ihm getroffenen Aenderungen ein Unterschied zwischen dem Recht der usucapio und dem der longi temporis praescriptio nicht mehr bestehe; und diese Voraussetzung trifft zu[3].

(82—86), Schirmer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI S. 433 fg. (hier auch weitere Literaturangaben). S. auch Rudorff Anh. zu Sav. Nr. 24—27.

[3] Ueber die Geschichte der Ersitzung im römischen Rechte s. Unterholzner II § 173—178, Puchta Inst. II § 239. 240. Das Gesetz, durch welches Justinian dem Recht der ordentlichen Ersitzung seine letzte Gestalt gegeben hat, ist vom Jahre 531 und steht im Codex als l. un. de usucapione transformanda 7. 31. Vgl. den Bericht darüber in pr. I. de usuc. 2. 6. Der Sinn der l un. C. cit. ist übrigens ein sehr bestrittener. Der im Text aufgestellten Ansicht gegenüber behaupten Andere, Justinian habe durch dieses Gesetz ein einiges Rechtsinstitut geschaffen, streiten aber unter sich darüber, ob dieses Rechtsinstitut als usucapio oder als longi temporis praescriptio gedacht werden müsse (für die erste Meinung u. A. Unterholzner II § 178, Savigny VI S. 57—60, Vangerow I § 316, Sintenis I § 51 Note 7; für die zweite u. A. Schmid I § 14 Note 3, May über den Character der ordentlichen Eigenthumsersitzung nach der Const. un. C. de usuc. transform. [1847], Pagenstecher II S. 245, Brinz 2. Aufl. I S. 603). Die hier vertretene Ansicht, nach welcher Justinian auch in der l. un. C. cit. zwischen usucapio und l. t. praescriptio noch unterscheidet, findet sich schon in der Glosse; unter den Neueren theilen sie u. A. Hameaux die Usucapio und longi temporis Praescriptio (1835), Madai Beiträge zur Dogmengeschichte Nr. 1 (1839, dieser mit einer ihm eigenthümlichen Modification), Puchta § 155 a. E., Arndts Beiträge I S. 94—101 und Pand. § 157 Anm. 6. Daß im neuesten Recht zwischen usucapio und praescriptio kein Unterschied mehr bestehe, wird an den betreffenden Punkten zu zeigen sein. S. § 180 Note 7, § 182 Note 11. Eine Reihe von Unterscheidungen hat Hameaux in der oben citirten Schrift aufgestellt; dagegen May § 2—10 und Stephan Arch. f. civ. Pr. XXXIV S. 173 fg. 361 fg. Vgl. noch Dernburg I S. 498.

Im Folgenden ist näher von den Erfordernissen zuerst der ordentlichen, dann der außerordentlichen Ersitzung zu handeln.[4]

Erfordernisse der ordentlichen Ersitzung.

a. Besitz.

§ 175a.

Das erste Erforderniß der ordentlichen Ersitzung ist Besitz, und zwar Besitz im juristischen Sinne des Wortes, juristischer Besitz, d. h. thatsächliches Haben der Sache mit dem Willen, die Sache für sich, wie eine eigne, zu haben, thatsächlich verwirklichter Aneignungswille (§ 148)[1]. Was nicht besessen werden kann, kann nicht ersessen werden, so nicht die Sachgesammtheit (§ 152 Note 3) und der Sachbestandtheil (§ 152 Note 5). Es ist jedoch, was den Sachbestandtheil angeht, bereits bemerkt worden (a. a. O.), daß die begonnene Ersitzung einer Sache dadurch nicht unterbrochen wird, daß der Besitzer sie in eine andere von ihm besessene Sache als

---

[4] Es ist in der neueren Zeit, namentlich von Brinz (s. die Citate § 64 Note 6 a. E.), die Ansicht geltend gemacht worden, daß der Erwerb durch Ersitzung kein ursprünglicher, sondern ein abgeleiteter (derivativer) sei; es werde nicht sowohl Eigenthum erworben, als vielmehr das Eigenthum des früheren Eigenthümers. Man hat sich darauf berufen, daß die an die Sache angeknüpften Grunddienstbarkeitsberechtigungen und die an der Sache stattfindenden dinglichen Rechte nach der Ersitzung fortdauern. Aber die Grunddienstbarkeit ist nicht einem bestimmten Eigenthümer und dessen Rechtsnachfolger, sondern dem jedesmaligen Eigenthümer des herrschenden Grundstücks gewährt, und daraus, daß die Rechtsordnung Eigenthum verleiht, folgt nicht, daß sie ihre bisherigen Anordnungen, kraft deren andere Rechte auf der Sache liegen, zurücknimmt. Die Frage aber, ob etwa gegen den Ersitzenden auch die Einreden begründet sind, denen der frühere Eigenthümer unterlag (§ 47 Note 6), hat man gar nicht aufgeworfen.

[1] L. 3. 25 D. h. t., l. 13 pr. eod. — Wie erklärt sich l. 44 § 4 D. h. t.? „Filiusfamilias emtor alienae rei, cum patremfamilias se factum ignoret, coepit rem sibi traditam possidere: cur non capiat usu, cum bona fides initio possessionis adsit, quamvis eum se per errorem esse arbitretur, qui rem ex causa peculiari quaesitam nec possidere possit". Der Hausſohn hat zwar nicht direct für sich besessen, aber auch nicht für den Vater, sondern für ein Vermögen (das peculium ist „quasi patrimonium liberi hominis", l. 47 § 6 D. de pec. 15. 1), welches das seinige war, ohne daß er es wußte. Vgl. Scheurl Beiträge II S. 59 und unten § 176 Note 6 a. E., § 177 Note 9. § 175a.

Beſtandtheil einfügt, und wenn nach vollendeter Erſitzung eines Ganzen daſſelbe in ſeine Beſtandtheile zerlegt oder ein Beſtandtheil von demſelben losgelöſt wird, ſo lebt das Eigenthumsrecht, welches vor der Verbindung an den Beſtandtheilen als ſelbſtändigen Sachen vorhanden geweſen iſt, nicht unbedingt wieder auf, nämlich dann nicht, wenn es demjenigen zuſtand, der auch Eigentümer des erſeſſenen Ganzen war, und die Verbindung auf ſeinem Willen beruhte[2].

[2] Eine ſehr beſtrittene Frage. Die Quellen enthalten die Entſcheidung (l. 23 § 7 D. de R. V. 6. 1, l. 7 § 11 D. de A. R. D. 41. 1), daß, wenn Jemand mit fremdem Baumaterial auf ſeinem Grund und Boden ein Gebäude errichtet habe, und dieſes Gebäude dann von einem Andern erſeſſen worden ſei, der urſprüngliche Eigenthümer des Baumaterials daſſelbe nach ſeiner Ablöſung trotz der in der Mitte liegenden Erſitzung als das ſeinige in Anſpruch nehmen könne. In dieſer Entſcheidung ſieht Savigny (Beſitz S. 304. 308. S. LXVII—LXXII [265. 268. 271—275], zuſtimmend Kierulff S. 376 Note **, Pape Zeitſchr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV S. 241) eine poſitive Ausnahme, beruhend auf der durch die 12 Tafeln verfügten Unlösbarkeit des eingebauten Baumaterials, während ſonſt die Regel die ſei, daß das durch Erſitzung an einem Ganzen erworbene Eigenthum durch Auflöſung des Ganzen in ſeine Theile nicht aufgehoben werde. S. auch Lang Handb. des im KR. Württemberg geltenden Sachenrechts S. 21 fg. Andere (Windſcheid Sell's Jahrb. I S. 469—471, Vangerow I § 204 Anm 2 Nr. 3, Binding Arch. f. civ. Pr. XXVII S. 365—367. 383—385, Girtanner Jahrb. f. Dogm. III S. 155 fg.) ſehen in dieſer Entſcheidung umgekehrt den Ausdruck der Regel, daß die Erſitzung eines Ganzen das Eigenthum ſeiner Beſtandtheile als ſelbſtändiger Sachen, d. h. auch für die Zeit, wo dieſelben durch Loslöſung wieder ſelbſtändige Sachen geworden ſeien, nicht gewähre, beſchränken aber dieſe Regel auf den in den genannten Stellen bezeichneten Fall, wo der Eigenthümer der verbundenen Sache ein anderer ſei, als der Eigenthümer des erſeſſenen Ganzen. Noch Andere (Unterholzner I S. 155. 156, Sintenis Arch. f. civ. Pr. XX S. 86—90, Stephan Arch. f. civ. Pr. XXXI S. 381—385) laſſen auch dieſe Beſchränkung fallen, und ſtellen den allgemeinen Satz auf, daß die Erſitzung eines Ganzen nie Eigenthum ſeiner Beſtandtheile als ſelbſtändiger Sachen gewähre, alſo auch der frühere Eigenthümer des erſeſſenen Ganzen ſie nach ihrer Trennung als die ſeinigen in Anſpruch nehmen könne, wenn er vor ihrer Verbindung an ihnen als ſelbſtändigen Sachen Eigenthum gehabt habe. — Die Savigny'ſche Meinung iſt gewiß unhaltbar. Die angeführten Stellen geben ſehr beſtimmt den Grund ihrer Entſcheidung an; dieſer iſt aber nicht die Unlösbarkeit des Baumaterials, ſondern eben der, daß im Ganzen (dem Gebäude) nicht der Beſtandtheil als ſelbſtändige Sache (das Baumaterial als dieſes) erſeſſen werde („nec enim singula cementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat";

b. Redlicher Besitz (guter Glaube)*.

§ 176.

Nicht jeder Besitz reicht zur Ersitzung hin, sondern nur der redliche Besitz[1], oder wie man gewöhnlich auf Grund des quellenmäßigen Ausdrucks bona fides[1a] sagt, der Besitz in gutem Glauben. Unter gutem Glauben ist zu verstehen die redliche Ueberzeugung, daß man in der Aneignung der Sache kein materielles[2] Unrecht

„causa dubitationis est, an eo ipso, quod universitas aedificii longo tempore capta est, singulae quoque res, ex quibus constabat, captae essent, quod non placuit"). Die Frage kann daher nur die sein, ob diese Regel als unbedingte aufgestellt, oder im Sinne der zweiten Ansicht beschränkt werden müsse. Ich bin jetzt der Ansicht, daß sie an und für sich allerdings als unbedingte anerkannt werden muß. Ist in der That der Bestandtheil als selbständige Sache etwas Anderes, als er in seiner Eigenschaft als Bestandtheil ist, so ist er das für Jedweden; es ist nicht abzusehen, warum er es für den einen Eigenthümer weniger sein sollte, als für den andern. Es ist dabei aber zuzusehen, ob in einem gegebenen Fall derjenige, welcher vor der Einfügung des Bestandtheils an ihm als selbständiger Sache Eigenthum hatte, ihn auch nach seiner Trennung noch als Gegenstand besonderen Eigenthumsrechts zu behandeln befugt ist, und diese Befugniß darf ihm, wie ich glaube, in dem Falle nicht zugestanden werden, wo er selbst die Verbindung vorgenommen, oder die von einem Andern vorgenommene anerkannt hat. Dadurch, daß er dieß gethan hat, hat er auf das Eigenthum an dem Verbundenen als selbständiger Sache definitiv verzichtet, und den Willen an den Tag gelegt, daß er an demselben nur in seiner Eigenschaft als Bestandtheil Eigenthum haben wolle. Diese Instanz gegen ihn fällt aber fort, wenn die Verbindung nicht mit seinem Willen geschehen ist. In diesem Falle daher (wenn also z. B. der Besitzer des Hauses während der Ersitzungszeit Baumaterial, welches dem Eigenthümer des Hauses gehört, in dasselbe einfügt) kann er den losgelösten Bestandtheil als den seinigen in Anspruch nehmen, trotzdem daß gerade ihm das Eigenthum des Ganzen abersessen worden ist.

* Möllenthiel über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung (1820). Stintzing das Wesen von bona fides und titulus in der römischen Usucapionslehre (1852). Scheurl Beiträge II Nr. 15 (1854). Schirmer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV S. 207 fg. 279 fg. (1858). Burckhard das. XXI 287 fg. 321 fg. (1864). Wächter die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigenthums (1871). Bruns das Wesen der bona fides bei der Ersitzung (1872). Pernice Labeo II S. 207 fg. (1878). Unterholzner I § 94—101. 117—121.

[1] L. 2 § 1 D. pro emt. 41. 4.

[1a] Vgl. Bruns S. 17 fg. 78 fg.

[2] Darüber das Nähere in Note 6. 7. Vgl. Schirmer XV S. 229—252, Wächter a. a. O. S. 8—14, Pernice a. a. O. S. 208 fg.

§ 176.

begehe[3]. Der gute Glaube wird ſich regelmäßig darſtellen als die Ueberzeugung, daß man Eigenthümer geworden ſei[4]; aber nothwendig iſt dieß nicht[5], er kann vorhanden ſein ohne dieſe Ueberzeugung[6], und kann fehlen, obgleich man dieſe Ueberzeugung

[3] Es iſt gleich, ob man die Definition des guten Glaubens auf die Ueberzeugung von der Abweſenheit des Unrechts, oder auf die Ueberzeugung von dem Vorhandenſein des Rechts ſtellt; denn jene iſt dieſe. Die Ueberzeugung von der Abweſenheit des Unrechts beginnt erſt mit der Ueberzeugung von dem Daſein des Rechts: die Aneignung einer Sache iſt ſo lange Unrecht, bis ſie Recht iſt. Eine andere Frage aber iſt, ob zu dem guten Glauben überhaupt eine poſitive Ueberzeugung verlangt werden muß, oder ob zu demſelben die Abweſenheit der Ueberzeugung des Unrechts genügt. Man muß ſich für das Erſtere entſcheiden. Von demjenigen, welcher ſich eine Sache aneignet, ohne irgend welche Gründe für Recht oder Unrecht zu haben, wird man gewiß nicht ſagen dürfen, er verfahre in gutem Glauben; ebenſo wenig aber von demjenigen, welcher im Zweifel iſt, d. h. bei dem zwar die Gründe für das Unrecht durch die Gründe für das Recht aufgewogen werden, aber umgekehrt auch dieſe durch jene. Ueberwiegen die Gründe auf der einen oder der andern Seite, ſo iſt immerhin eine Ueberzeugung vorhanden. S. l. 6 § 1 D. pro emt. 41. 4. „Si ex decem servis, quos emerim, aliquos putem alienos, et qui sint sciam, reliquos usucapiam; quodsi ignorem, qui sint alieni, neminem usucapere possum“. L. 4 pr. eod. Vgl. Schirmer XV S. 214—229, Wächter a. a. O. S. 34—44. 123, Regelsberger Arch. f. prakt. RW. N. F. IX S. 194 fg. Abweichend, aber nicht durchweg mit Auseinanderhaltung der beiden hier geſchiedenen Fragen, Stintzing S. 57 fg. 123, Scheurl Beiträge S. 67, Sintenis I § 51 Note 9, Burckhard S. 329—337, theilweiſe Böcking § 147. Vgl. auch Pernice S. 220 fg.

[4] Vgl. l. 38 D. h. t., l. 5 D. pro suo 41. 10, l. 1 pr. eod., l. 20 § 6 D. de H. P. 5. 3.

[5] Die früher herrſchende Auffaſſung identificirte den guten Glauben mit dem Glauben, Eigenthümer geworden zu ſein (ſ. namentlich Möllenthiel § 4), und dieſe Auffaſſung findet ſich auch noch bei neueren Schriftſtellern (ſo bei Savigny III S. 370 fg., Puchta § 157, Keller § 133, vgl. Böcking S. 101. 102). Es iſt das Verdienſt Stintzing's auf das Irrige derſelben hingewieſen zu haben. Dieſer Schriftſteller geht aber ſeinerſeits zu weit, wenn er den guten Glauben zu etwas rein Negativem macht, zur Abweſenheit des Bewußtſeins des Unrechts. S. auch Burckhard S. 287 fg.

[6] L. 5 pr. D. pro der. 41. 7. „Si id, quod pro derelicto habitum possidebas, ego sciens in ea causa esse abs te emerim, me usucapturum constat, nec obstare, quod in bonis tuis non fuerit. Nam et si tibi rem ab uxore donatam sciens emero, quia quasi volente et concedente domino id faceres, idem iuris est“. Hierher gehört der zweite Theil der Stelle. Der Käufer weiß, daß der Verkäufer nicht Eigenthümer iſt und ihn nicht zum Eigenthümer macht; aber er weiß auch, daß derſelbe mit dem Willen

hat[7]. Wenn man vom Falle des Rechtsirrthums absieht[7a], so läßt sich der gute Glaube auch bezeichnen als Glaube an das Vorhandensein aller derjenigen Umstände, ohne welche die Aneignung der Sache Unrecht sein würde, und das Nichtwissen von dem Vorhandensein derjenigen, durch welche sie Unrecht sein würde. Unter diesen Umständen ist von besonderer Wichtigkeit das Eigenthum bez. Nichteigenthum des Rechtsurhebers; daher die Quellen den guten Glauben auch geradezu bezeichnen als Glauben an das Eigen-

des Eigenthümers die Sache als eigene hat und darüber verfügt (daß die Schenkung des Eigenthümers ihm „causam possidendi praestitit", l. 36 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, vgl. l. 29 D. h. t., Vat. Fr. § 260), daß also auch er selbst, indem er sich die Sache aneignet, materiell kein Unrecht thut. In gleicher Weise kann der beschenkte Ehegatte selbst ersitzen, wenn der schenkende nicht Eigenthümer war, l. 25 D. de don. i. v. et. u. 24. 1, l. 3 D. pro don. 41. 6. (L. 1 § 2 D. pro don. 41. 6 handelt von der Schenkung einer eigenen Sache [vgl. übrigens zu dieser Stelle Unterholzner S. 393, Savigny IV § 156. e]; ebenso l. 19 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1; beide Stellen beruhen darauf, daß der Beschenkte nicht zum Nachtheil des Schenkers reicher werden soll.) Einen andern Fall, wo ersessen wird „quamvis sciens alienum possideam", s. in l. 28 D. de nox. act. 9 4 („quoniam . . iustam causam possidendi habeo"). Vgl. auch Vat. Fr. 1. Wie erklärt sich aber l. 44 § 4 D. h. t. (§ 175a Note 1)? Ist der Haussohn nicht im Bewußtsein materiellen Unrechts, indem er sich aneignet, wovon er glaubt, daß es seinem Vater gehöre? Antwort: die Stelle nimmt gar nicht an, daß der Sohn die Sache sich aneignen wolle, sie nimmt an, er wolle die Sache für sein Peculium erwerben und haben („rem ex peculiari causa quaesitam"). — Ein Fall der Ersitzungsmöglichkeit bei Wissen des des Besitzers, daß er nicht Eigenthümer geworden sei, ist auch der der Tradition eines Grundstücks unter einer Gesetzgebung, welche für den Eigenthumsübergang Eintragung in das Grundbuch fordert (doch bleibt hier die Ersitzung gegen den Eingetragenen selbst ausgeschlossen). Vgl. Dernburg Preuß. Privatr. I § 243 Nr. II. Seuff. Arch. XXXIV. 278.

[7] L. 48 D. h. t. „Si existimans debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse . .". Ebenso l. 3 D. pro suo 41. 10. Vgl. auch l. 7 § 6 D. pro emt. 41. 4 und l. 6 C. de praescr. l. t. 7. 33 (zu der letzten Stelle Schirmer XV S. 249. 250). L. 13 § 2 D. h. t. enthält keinen Widerspruch, entweder weil nicht angenommen wird, daß der Beauftragte die Absicht habe, das Erworbene dem Auftraggeber vorzuenthalten, oder weil er jedenfalls in der ursprünglichen Aneignung der Sache kein Unrecht thut, nur in dem Behalten derselben. S. aber auch Schirmer S. 245—247, Wächter a. a. O. S. 32 Note 1. Vgl. noch l. 8 D. pro emt. 41. 4.

[7a] S. § 178 Note 2.

thum oder als Nichtwiſſen von dem Nichteigenthum des Rechtsurhebers[8].

§ 177.

In Betreff des Erforderniſſes des guten Glaubens iſt noch folgendes Nähere zu bemerken.

1. Der gute Glaube muß zur Zeit der Beſitzergreifung vorhanden ſein; erfolgt dieſelbe aber auf Grund eines Kaufes, ſchon zur Zeit des Abſchluſſes des Kaufes[1]. Dieſe Vorſchrift des

[8] Gai. II. 43: — „si modo ea bona fide acceperimus, cum crederemus, eum, qui tradiderit, dominum esse". Pr. I. h. t.: — qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crediderit, eum dominum esse, rem emerit". Theophil. ad h. l.; l. 27 D. de contrah. emt. 18. 1. L. 109 D. de V. S. 50. 16. „Bonae fidei emtor esse videtur, qui ignoravit, eam rem alienam esse, aut putavit, eum qui vendidit, ius vendendi, habere, puta procuratorem aut tutorem esse". L. 2 § 13. 17 l. 6 § 1 l. 7 § 4. 5. 6 D. pro emt. 41. 4. Vgl. l. 13 § 1 D. h. t. „Eum qui a furioso bona fide emit, usucapere posse receptum est". Auf Grund dieſer Quellenausſprüche will Brinz S. 210—213 die Definition des guten Glaubens auf den Glauben an das Eigenthum und die Fähigkeit des Auctors oder an die Vollmacht ſeines Vertreters geſtellt wiſſen, ſo daß die Kenntniß von ſonſtigen Gründen, durch welche die Aneignung unbefugt wird, nicht mala fides wäre. So auch Vangerow in der 7. Aufl. I § 321 Anm. 1. Dawider Burckhard S. 310 fg., Pernice S. 208. Die Darſtellung, welche jetzt Brinz in der zweiten Auflage (I S. 611. 627 fg.) gibt, iſt einigermaßen abweichend.

§ 177. [1] L. 2 pr. § 13 D. pro emt. 41. 4, l. 48 D. h. t. (über l. 10 pr. eod. vgl. Unterholzner I S. 422 Note 413, Böcking II § 147 Note 42), l. 7 § 16. 17 D. de Publ. 6. 2, l. 15 § 3 l. 44 § 2 D. h. t. Der Grund dieſer Beſtimmung iſt, daß nach der Intention der Parteien in dem Kaufe eine ſofortige Ueber- und Aneignung liegt, nicht die Verpflichtung zur Abtretung der Sache übernommen, ſondern die Sache abgetreten wird. Unſer Satz hat alſo den gleichen Grund, wie der Satz, daß mit Abſchluß des Kaufvertrages ſofort die Gefahr auf den Käufer übergehe (II § 321 Note 18. 19). So auch Scheurl a. a. O. S. 63. 64, Bernhöft Jahrb. f. Dogm XIV S. 58 fg. 99 fg. und im Weſentlichen auch Huſchke Recht der Publicianiſchen Klage S. 60 fg. (im Kaufe ſelbſt liege, „die principale, wenn auch nur inchoative Aneignung"); andere Meinungen bei Stintzing S. 113—117 (welcher aber ſpäter Jahrb. f. Dogm. X S. 195 ſich der hier aufgeſtellten Anſicht angeſchloſſen hat), Böcking S. 190—210, Schirmer XV S. 293—302, Leiſt Mancipation und Eigenthumstradition S. 288 fg., Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 1 fg. Anm., Brinz 2. Aufl. I S. 632, Karlowa Rechtsgeſchäft S. 212 fg., Bechmann Kauf I S. 593 fg. Ubbelohde über die usucapio pro

römischen Rechts ist heutzutage auf jedes Rechtsgeschäft auszudehnen, in welchem, wie im Kauf, der Wille auf sofortige Ueber- und Aneignung gerichtet ist[2].

2. Der gute Glaube braucht nach römischem Recht nur zu Anfang vorhanden zu sein, er darf hinterher wieder wegfallen[3]; nach heutigem, auf einer Vorschrift des canonischen Rechts beruhenden Rechte aber muß der gute Glaube bis zum Schlusse der Ersitzung ununterbrochen fortdauern[4].

3. Wenn der Besitz durch einen Stellvertreter erworben wird[5], so kommt es auf den guten Glauben des Vertretenen, nicht auf den des Vertreters an[6]. Dieß erleidet jedoch eine

---

mancipato (1873) ist so kühn (oder verwegen?), in l. 2 pr. § 13 D. pro emt., l. 48 D. h. t., l. 7 § 16. 17 D. de Publ. eine Interpolation anzunehmen; diese Stellen hätten ursprünglich nicht vom Kauf, sondern von der Mancipation gehandelt. Indem er sodann l. 10 pr. h. t. (s. o.) so versteht, daß sie den oben genannten Stellen einfach widerspreche, gelangt er dazu, den ganzen Satz für das Justinianische Recht wegzuwerfen. Gegen Ubbelohde Hölder krit. VJSchr. XVI S. 544 fg., Huschke a. a. O. S. 51 Note 95. S. 64 Note 130.

[2] So namentlich auf den Tausch, die Schenkung und die Bestellung einer Dos. Ist der in der vorigen Note angegebene Grund des Satzes richtig, so ist dieß eine nothwendige Consequenz. Daß die Römer den Satz nur bei dem Kaufe anerkannt haben, erklärt sich daraus, daß unter allen Uebereignungsgeschäften nur der Kauf ohne Form rechtlichen Bestand hatte (die ganz späten Bestimmungen über die Schenkung und die Dotalbestellung kommen hier nicht in Betracht), bei Beobachtung der nöthigen Form aber entweder Stipulation vorhanden war, also ein auch der Intention nach bloß obligatorisches Geschäft, oder Mancipation oder Injurecession, also Eigenthumsübertragung auch der Form nach. Anderes, als hier gesagt ist, meint wohl auch der oft mißverstandene Puchta Inst. II § 239. nn nicht. Vgl. II § 321 Note 19. § 365 Note 18. Zustimmend Lang Handb. des im KR. Württemberg geltenden Privatrechts S. 220; a. M. Huschke a. a. O. S. 63, Brinz 2. Aufl. I S. 633.

[3] L. 48 § 1 D. de A. R. D. 41. 1, l. un. § 3 C. de usuc. transf. 7. 31. Vgl. Stintzing S. 33—39, Scheurl S. 63, Schirmer XV S. 292.

[4] C. 20 (3. 5) X. de praescr. 2. 26. Vgl. § 111 Note 1. Ueber die Meinung, daß die canonische Vorschrift sich nur auf die praescriptio, nicht auf die usucapio beziehe (Hameaux S. 139 fg.) s. Vangerow I § 321 Anm. 2.

[5] Vangerow I § 321 Anm. 3, Scheurl Beitr. I S. 220—231, Böcking § 147. d. e. f., Schirmer XV S. 279—291.

[6] Und zwar auf den guten Glauben des Vertretenen zu der Zeit, wo er

Ausnahme in den Fällen, in welchen der Beſitz ohne den Willen des Vertretenen erworben wird (§ 155 a. E.); hier iſt nothwendig der gute Glaube des Vertreters, es ſchadet aber auch der böſe Glaube des Vertretenen[7].

4. Der gute Glaube als ein rein Innerliches kann nicht direct bewieſen, es kann nur auf denſelben aus den die Beſitzergreifung begleitenden Umſtänden geſchloſſen werden. Die Anführung und der Beweis von Umſtänden, welche den Schluß auf den guten Glauben und ſeine Entſchuldbarkeit rechtfertigen, iſt Sache des ſich auf die Erſitzung Berufenden[7a]. Wird aber von dem Gegner behauptet, daß das anfänglich redliche Bewußtſein ſich hinterher in ein unredliches verwandelt habe, ſo muß der Gegner Thatſachen anführen und beweiſen, aus denen auf dieſe Verwandlung geſchloſſen werden kann[8].

5. Der gute Glaube iſt kein abſolutes Erforderniß. Böſer Glaube ſchadet nicht, wenn er auf einer irrigen Annahme beruht[9].

---

von der für ihn geſchehenen Beſitzergreifung erfährt, weil früher die Erſitzung nicht beginnt. L. 47 D. h. t., l. 49 § 2 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 1 C. de adq. et ret. poss. 7. 32, l. 2 § 12 D. pro emt. 41. 4. Vgl. Lang Handb. des im RR. Württemberg geltenden Sachenrechts § 6 Note 6.

[7] L. 2 § 10—13 D. pro emt. 41. 4, l. 43 § 1 D. h. t. Nach römiſchem Recht ſchadet nur der böſe Glaube des Vertretenen zur Zeit der Beſitzergreifung, l. 2 § 13 cit.

[7a] Und in dieſem Sinne muß er ſeinen guten Glauben allerdings beweiſen. Nach einer anderen, weitverbreiteten Auffaſſung bedarf der gute Glaube eines Beweiſes überhaupt nicht; er ſoll beruhen auf einer „geſetzlichen Vorausſetzung oder Annahme". So neueſtens Wächter a. a. O. S. 44. S. auch Seuff. Arch. XXXI. 187 und Citate daſ.

[8] Vgl. Seuff. Arch. III. 114. X. 135. Burckhard S. 337 fg.

[9] L. 2 § 2 D. pro emt. 41. 4. „Si sub condicione emtio facta sit, pendente condicione emtor usu non capit, idemque est et si putet condicionem exstitisse, quae nondum exstitit; similis est enim ei, qui putet se emisse. Contra si exstitit et ignoret, potest dici secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur, quam opinionem, usucapere eum". Dagegen gehört nicht, wie man gewöhnlich annimmt, auch der Satz hierher, daß der beſchenkte Ehegatte erſitzen kann (l. 25 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 D. pro don. 41. 6). In dieſem Falle iſt gar kein böſer Glaube vorhanden, ſ. § 176 Note 6. Vgl. auch § 178 Note 7. Ebenſo wenig gehört hierher l. 44 § 1 D. h. t. (§ 175a Note 1). Auch hier handelt es ſich nicht von einem bösgläubigen Beſitzer, was die Stelle ausdrücklich leugnet, vgl. § 176 Note 6. Vgl. noch Pernice a. a. O. S. 212. — Mit dem aufgeſtellten Satz

c. Gerechtfertigter Besitz (Titel)*.

§ 178.

Das Wichtigste, was von dem guten Glauben ausgesagt werden muß, ist, daß derselbe kein leichtfertig gefaßter sein darf. Dieß läßt sich auch so ausdrücken: es muß der Irrthum, auf welchem er beruht, ein entschuldbarer Irrthum sein[1]. Entschuld-

---

steht in Widerspruch l. 32 § 1 D. h. t. „Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen eius usucapionem, vel quia non bona fide videatur possidere, vel quia in iure erranti non procedat usucapio". Die Stelle trägt eine dem Verfasser, Pomponius, eigenthümliche Meinung vor; auch in anderer Beziehung betonte dieser Jurist, wie aus l. 46 § 8 D. de furt. 47. 2 hervorgeht, das Subjective in einer Weise, welche keine Anerkennung gefunden hat. Ueber die verschiedenen Meinungen s. Savigny III S. 371 Note a, Stintzing S. 85—87, Scheurl S. 60—62, Böcking § 147 Note 4, Schirmer XV S. 237—244, Voigt condictiones ob causam S. 215 Note 127, Gimmerthal Arch. f. civ. Pr. LII S. 541 fg., Wächter S. 98—100, Ubbelohde Zeitschr. f. RGesch. XI S. 256, Pernice S. 213, Dernburg I § 94 Note 23.

* Unterholzner I § 102—116. Stintzing und Scheurl an den beim vorigen § citirten Orten. Schirmer a. a. O. XVI S. 1 fg. Fitting über das Wesen des Titels bei der Ersitzung, Arch. f. civ. Pr. LI S. 1 fg. LII S. 1 fg. 239 fg. 381 fg. (1868. 1889). O. Mayer die iusta causa bei Tradition und Usucapion S. 109—249 (1871). (Vgl. Bekker krit. VJSchr. XIV S. 484 fg.). Bernhöft der Besitztitel im röm. Recht S. 16—56 (1875).

[1] L. 44 § 4 i. f. D. h. t.: — „si ex patris hereditate ad se perve- § 178.
nisse rem emtam non levi praesumtione credat". L. 5 § 1 D. pro suo 41. 10: — „quod . . ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet". Vgl Savigny III S. 369—377. A. A. was die Meinung des Besitzers über das Recht des Rechtsurhebers angeht Stintzing S. 62—72; gegen denselben Scheurl S. 66—77, Burckhard S. 323—329. Auch Wächter in der § 176 Note * citirten Schrift (vgl. Württemb. Privatr. II § 21 Note 17. 18. 43) will das Erforderniß der Entschuldbarkeit des Irrthums bloß auf die Mängel des Titels bezogen wissen; ebenso Lang Handb. des im KR. Württemberg geltenden Privatrechts S. 218, auch Pernice Labeo II S. 227; dawider Bruns in der § 176 Note * citirten Gegenschrift S. 21 fg. 101 fg. Die in dieser und der folgenden Note citirten Stellen wissen von einer solchen Unterscheidung nichts. — Der Hauptinhalt der erwähnten zwischen Wächter und Bruns (bei Gelegenheit eines praktischen Falls) gewechselten Streitschriften ist übrigens ein anderer. Bruns (und mit ihm das Schlußurtheil in dem bezeichneten Fall, Arch. f. civ. Pr. LVII S. 275 fg., ferner Brinz 2. Aufl. I S. 630) hat die Behauptung auf-

bar ist der Irrthum regelmäßig nicht, wenn er ein Rechtsirrthum ist[2]; aber auch wenn er ein factischer Irrthum ist, wird er entschuldbar regelmäßig dann nicht sein[3], wenn er sich auf das Vorhandensein der Erwerbthatsache bezieht, auf welche der gute Glaube gestützt wird. Diese Erwerbthatsache muß also regelmäßig mit allen Erfordernissen ihrer Gültigkeit wirklich vorhanden sein[4];

gestellt, daß der auf einem unentschuldbaren Irrthum beruhende gute Glaube (er nennt ihn den factischen guten Glauben) nicht sowohl eine zur Begründung der Ersitzung nicht qualificirte, als vielmehr gar keine bona fides sei. Hiergegen hat sich Wächter, m. A. nach mit Recht, erklärt. Gewiß ist bona fides Redlichkeit (§ 176 z. A.); aber unredlich ist nicht, wer an sein Recht glaubt, wenn er auch vielleicht bei besserer Ueberlegung aufgehört haben würde, an dasselbe zu glauben. Unredlich ist nur, wer auf die Stimme seines Gewissens nicht hört, und Zweifel erstickt, von denen sein Gewissen ihm sagt, daß er ihnen nachgehen sollte. Mehr sagt auch l. 7 § 2 D. pro emt. 41. 4 nicht. Bruns geht so weit, zu behaupten, daß im Falle des Rechtsirrthums auch bei Entschuldbarkeit des Irrthums keine bona fides im Sinn der Ersitzungslehre vorhanden sei (S. 122, vgl. S. 57). (Auch das RG. hat, in Anwendung von HGB. Art. 306. 307, angenommen, daß unentschuldbarer Irrthum die Redlichkeit ausschließe. Entscheid. VI S. 17. 86. Seuff. Arch. XXXVII. 334.)

[2] L. 4 D. de I. et F. I. 22. 6, l. 31 pr. D. h. t., l. 2 § 15 D. pro emt. 41. 4. Seuff. Arch. I. 405, II. 138, IX. 265. — Daß der Rechtsirrthum auch bei der Ersitzung zuzulassen sei, wenn objective Gründe ausnahmsweise die Rechtsunkenntniß als eine gerechtfertigte erscheinen lassen (§ 79 Note 7), ist die herrschende Meinung. Seuff. Arch. XXVIII. 9, XXXIV. 96. Dagegen Vangerow I § 321 Anm. 1 Nr. 3, übereinstimmend Wächter (soweit er Entschuldbarkeit des Irrthums erfordert) und Bruns in den in der vorigen Note erwähnten Schriften (jener S. 20. 110 fg., dieser S. 57. 121 fg., s. auch Arch. f. civ. Pr. LVII S. 301 fg.), mit Berufung theils auf die Ausdrücke „numquam“ und „nulli“ in l. 31 pr. D. de usurp. 41. 3 und l. 2 § 15 D. pro emtore 41. 4, theils auf die § 79 Note 14 besprochenen Stellen, ferner Pernice Labeo II S. 224. — Ist aber auch der subjective Grund der Minderjährigkeit (das. Note 10) zu berücksichtigen? Die Frage ist zu bejahen auf Grund von l. 11 C. de I. et F. I. 1. 18 (vgl. l. 9 pr. D. eod. 22. 6), wo die Minderjährigen den Frauen als Solche entgegengesetzt werden, welchen der Irrthum auch „in lucro“ zu Gute komme. So auch Savigny III S. 430. 431, Scheurl S. 73. 74; a. M. Böcking II § 146 Note 11, Schirmer XVI S. 11—13.

[3] Entschuldbar ist namentlich der Irrthum über das Eigenthum des Rechtsvorgängers, obgleich auch dieser Satz natürlich kein absoluter ist.

[4] § 11 I. h. t. „Error autem falsae causae usucapionem non parit, veluti si quis, cum non emerit, emisse se existimans possideat, vel cum

man drückt das so aus: die Ersitzung bedürfe eines Titels[5]. Jedoch ist das eben nur die Regel; in einem gegebenen Falle kann sehr wohl auch der Irrthum, kraft dessen das Vorhandensein einer nicht vorhandenen gültigen Erwerbthatsache angenommen wird, ein entschuldbarer Irrthum sein; man sagt in diesem Falle: es werde auf Grund eines putativen Titels ersessen[6]. Ja, da zum guten Glauben der Glaube, daß man Eigenthümer geworden sei, nicht erforderlich ist (§ 176 Note 6), so kann man möglicherweise ersitzen, obgleich man weiß, daß eine gültige Eigenthumserwerbthatsache nicht vorliegt, wenn nur eine die Aneignung in sonstiger Weise rechtfertigende Thatsache vorhanden ist oder aus gutem Grund als vorhanden angenommen wird[7].[8]

---

ei donatum non fuerit, quasi ex donatione possideat". L. 27 D. h. t., l. 2 pr. § 2 D. pro emt. 41. 4, l. 1 pr. D. pro don. 41. 6, l. 6 D. pro der. 41. 7, l. 1. 2. 3 D. pro leg. 41. 8, l. 24 C. de R. V. 3. 32, l. 4 C. de usuc. pro her. 7. 29, l. 5 C. de praescr. l. t. 7. 33.

[5] Ueber den Ausdruck titulus vgl. l. 1 pr. D. pro dote 41. 9, l. 46 D. h. t., l. 2 D. de distr. pign. 20. 5, l. 13 § 1 D. de H. P. 5. 3, l. ult. D. si quis om. causa test. 29. 4. Hugo civ. Mag. IV S. 144 fg., Voigt condictiones ob causam § 14—20. 22. 23. 34. 38.

[6] L. 11 D. pro emt. 41. 4. „Quod vulgo traditum est, eum, qui existimat se quid emisse, nec emerit, non posse pro emtore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam iustam causam eius erroris emtor habeat. Nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei, se emisse, atque ita tradiderit, magis est, ut usucapio sequatur". L. 2 § 15. 16 eod., l. 9 D. pro leg. 41. 8, l. 4 § 2 l. 5 D. pro suo 41. 10, l. 44 pr. § 4 i. f. t. D. h. t. Vgl. Stintzing S. 89—97, Vangerow I § 319 Anm., Voigt condictiones ob causam § 36, Fitting a. a. O. namentlich LII S. 415 fg., Mayer a. a. O. S. 205 fg., Bernhöft a. a. O. S. 16 fg. 45 fg. Fitting a. a. O. kommt, unter scharfer Hervorhebung der Gegensätze, welche in Betreff der Anerkennung des Putativtitels in der römischen Rechtsentwickelung hervorgetreten sind, zu dem Resultat, daß nach Justinianischem Recht ein Putativtitel im Princip nicht ausreichend sei, und will nur die einzelnen in den Quellen enthaltenen gegentheiligen Entscheidungen als specielle Ausnahmen zulassen. Fitting beruft sich auf l. 27 D. h. t. und § 11 I. h. t.; aber die gleichfalls aufgenommenen ll. 11 pro emt. und 5 pro suo stellen nicht minder ein Princip auf. — Seuff. Arch. XXI. 16.

[7] Deßwegen kann die von dem Ehegatten dem Ehegatten geschenkte fremde Sache ersessen werden (§ 176 Note 6). In den Quellen wird zwar als Grund dieser Ersitzungsmöglichkeit ein anderer angegeben: daß eine solche Schenkung nicht ungültig sei, weil sie den Schenkenden nicht ärmer mache, l. 25 D. de

§ 179.

Unter den einzelnen Ersitzungstiteln ist bei weitem der wichtigste die Uebergabe der Sache zum Zwecke der Eigenthumsüber-

---

don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 D. pro don. 41. 6. Aber dieser Grund ist nur ein Scheingrund, und daß man zu demselben gegriffen hat, erklärt sich lediglich daraus, daß die Anerkennung der Möglichkeit der Ersitzung ohne Titel in der römischen Jurisprudenz erst allmählich durchgedrungen ist, s. die in Note 4 genannten Stellen, und vorzüglich l. 9 D. pro leg. 41. 8. Daß die Ersitzung des beschenkten Ehegatten sich in der bezeichneten Weise nicht rechtfertigen läßt, ist vollkommen sicher. Denn 1) wird der Schenker durch die Schenkung einer fremden Sache jedenfalls doch nur deßwegen nicht ärmer, weil sie eine fremde ist, und wie kann die Schenkung einer fremden Sache als einer fremden Titel sein? Und sodann ist es 2) gar nicht einmal wahr, daß die Schenkung einer fremden Sache nicht ärmer mache; sie nimmt dem Schenker den Besitz, und so ist denn namentlich auch was Ehegatten angeht die Ungültigkeit der Besitzesschenkung in den Quellen ausdrücklich anerkannt, l. 46 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Wenn Savigny IV S. 112—116 mit der herrschenden Meinung die Ersitzung aus Schenkung zwischen Ehegatten auf den Fall beschränkt, wo der Schenkende nicht seinerseits im Ersitzungsbesitze gewesen sei, so wird dadurch diese Schwierigkeit vermindert, aber nicht beseitigt, und es ist nur consequent, wenn Löhr Arch. f. civ. Pr. XVI S. 248—251 auch in dem bezeichneten Falle die Ersitzung nur unter der Voraussetzung zuläßt, daß aus anderen Gründen in der Schenkung keine Vermögensverminderung für den Schenkenden liege. Auch Unterholzner I S. 392—394 unterscheidet nicht zwischen diesen beiden Fällen, läßt aber umgekehrt in beiden Ersitzung zu, so jedoch, daß, wenn der Schenker im Ersitzungsbesitze gewesen sei, der Beschenkte die Ersitzung für ihn fortsetze. Es ist das eine Verwechslung mit dem Satze, daß der Beschenkte dem Schenker auch die Frucht des ihm durch Schenkung verschafften Besitzes, und somit die erworbene Sache herausgeben muß (II § 509 Note 28). Vgl. auch Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 15 fg., Pernice Labeo II S. 212. — S. auch Vat. Fr. § 1. — Zu l. 2 § 8 D. pro emt. 41. 4 vgl l. 5 C. de contr. emt. 4. 38 und Schirmer XVI S. 42 fg., Fitting Arch. f. civ. Pr. LI S. 249 fg.

* Die in diesem § ausgeführte Auffassung des Verhältnisses zwischen gutem Glauben und Titel war früher die allgemein herrschende, s. namentlich Möllenthiel S. 24, Unterholzner I § 95, Savigny III S. 371 (in welchen Darstellungen aber nicht durchweg scharf genug hervorgehoben wird, daß nicht der Titel den guten Glauben rechtfertigt, sondern daß der gute Glaube ohne Titel ungerechtfertigt ist, s. oben bei Note 3 und vgl. Bruns S. 99 fg.). In neuerer Zeit ist aber diese Auffassung von verschiedenen Seiten angefochten worden, zuerst von Stintzing, dann auch von Scheurl, Schirmer, Fitting, Mayer (an den oben citirten Orten), ferner von Böcking II § 146, Vangerow I § 331 Anm. 1 Nr. 1 in der 7. Aufl., Rudorff zu Puchta Vorles. 5. Aufl. I S. 346 Note 1, Brinz S. 214

tragung. Diese Uebergabe wird jedoch als solche in den Quellen nicht als Ersitzungstitel bezeichnet, sondern es wird die Bezeichnung von der Absicht hergenommen, auf welcher der Wille, Eigenthum zu übertragen, beruht[1]. Sonstige Titel sind: richterliche

(2. Aufl. I S. 614 fg. 626), vgl. auch Arndts § 160 Anm. 1. Diese Schriftsteller stimmen darin überein, daß sie den Titel nicht mit der Rechtfertigung des guten Glaubens in Verbindung bringen, sondern als etwas Selbständiges ansehen, während sie freilich im Einzelnen verschiedener Meinungen sind. Scheurl und Böcking glauben der Titel sei von der Verwandlung des in bonis in civiles Eigenthum durch Zeitablauf, Stintzing, er sei von der Publiciana herübergenommen, Schirmer sieht in demselben „denjenigen äußeren Vorgang, welcher unsere Herrschaft über die besessene Sache als rechtmäßig erworbene erscheinen läßt" (ebenso Dernburg I § 220 Note 24), Fitting, dem Mayer folgt, die den Eigenthumserwerb kraft ihres wirthschaftlichen Charakters rechtfertigende Thatsache. Diesen Auffassungen gegenüber halte ich an der von Anfang an von mir vertretenen Auffassung fest: ich sehe den inneren Grund des Erfordernisses des Titels darin, daß ein Vorgang verlangt wird, ohne welchen der Aneignungswille an seine Berechtigung nicht glauben durfte; ein Vorgang, welcher Eigenthum zu begründen nicht im Stande ist, kann, abgesehen von seiner Einwirkung auf das Bewußtsein des Besitzers, als solcher, für das Recht keinen Werth haben. Der Hauptgrund, weßwegen jene Schriftsteller es ablehnen, von dem guten Glauben auszugehen, ist, weil er auch fehlen kann (§ 177 Note 9). Aber auch der Titel kann fehlen, und wenn der Titel fehlt, so muß er durch etwas ersetzt werden (s. g. Putativtitel), was meiner Ansicht nach gar nicht anders gedeutet werden kann, als daß es Grundlage für die Rechtfertigung des Bewußtseins des Besitzers sein soll. Muß man nicht schließen, daß auch die Bedeutung des Titels selbst keine andere sei? — Für die hier vertretene Ansicht haben sich neuerdings wieder ausgesprochen Burckhard in dem bei § 176 Note * citirten Aufsatz, dawider Wächter (das.) S. 19, während Voigt condictiones ob causam § 37 nachzuweisen sucht, daß die römische Jurisprudenz in Betreff dieser Frage getheilter Meinung gewesen sei. Gegen die hier vertretene Ansicht auch Pernice Labeo II S. 223 fg., ebenso Dernburg I § 194.

[1] Es gibt keinen Titel pro tradito, aber einen Titel pro emtore (Dig. 41. 4, Cod. 7. 26), pro donato (Dig. 41. 6, Cod. 7. 27), pro dote (Dig. 41. 9, Cod. 7. 28), pro transactione (Cod. 7. 26), pro soluto (l. 46. 48 Dig. h. t.; in den Vulgatschriften beginnt bei l. 46 cit. ein besonderer Titel mit der Rubrik pro soluto) — was übrigens in keiner Weise eine vollständige Aufzählung der Traditionstitel ist, z. B. Jemand gibt tauschweise, oder zum Zweck der Erfüllung einer letztwilligen Zuwendung (condicionis implendae gratia). Vgl. über die genannten Titel Fitting Arch. f. civ. Pr. LI S. 12 fg. 248 fg. LII S. 1 fg. 9 fg. 17 fg. 20 fg. — Beim Kaufe wird gefragt, ob auch Zahlung des Kaufpreises zum Titel erforderlich sei? Gewiß, da ohne dieselbe Eigenthum nicht übergeht; für die Publicianische Klage wird § 179.

Verfügung[2], Erbſchaft[3], Vermächtniß[4], Bemächtigung[5], Fruchtziehung[6]. Das rechtskräftige Urtheil iſt kein Erſitzungstitel; es kann nur in Betracht kommen als Rechtfertigung des Glaubens

zwar Zahlung des Kaufpreiſes nicht verlangt (l. 8 D. de Publ. 6. 2), aber dieſelbe prallt auch gerade am Eigenthum ab. So auch Unterholzner I S. 379, Vangerow I § 320 Anm. 2 Nr. 1 a. E., Böcking II § 147 Note 45, Leiſt Mancipation und Eigenthumstradition S. 118 fg., Lang Handb. des im KR. Württemberg geltenden Privatr. S. 220, Bechmann Kauf I S. 624 fg., Wendt Neurecht und Gebundenheit Heft 2 S. 146 fg.; a. M. Stintzing S. 110, Scheurl S. 65 fg., Exner Tradition S. 365 fg., und für das Juſtinianiſche Recht Fitting Arch. f. civ. Pr. LI S. 18 fg.

[2] L. 17 D. h. t.

[3] Pro herede. Dig. 41. 5, Cod. 7. 29. Man erſitzt, was nicht zur Erſchaft gehört, was man aber aus gutem Grunde zur Erbſchaft rechnet (l. 3 D. h. t.), vorausgeſetzt jedoch daß es nicht der Erblaſſer ſchon in böſem Glauben beſaß (§ 181 Note 6, vgl. l. 4 C. de usuc. pro her. 7. 29, l. 4 C. de praescr. l. t. 7. 33); man erſitzt ferner, wenn man aus gutem Grunde Erbe zu ſein glaubt, ohne es zu ſein (l. 33 § 1 D. de usurp. 41. 3). Nach älterem römiſchen Recht erſaß man pro herede auch, was man von einer unangetretenen Erbſchaft ohne allen guten Glauben in Beſitz genommen hatte; aber dieſer „improba usucapio“ iſt durch einen Senatsbeſchluß unter Hadrian dem Erben gegenüber die Wirkſamkeit entzogen worden (Gai. II. 52—58), und für das Juſtinianiſche Recht hat ſie gar keine Bedeutung mehr (vgl. über dieſe nicht unbeſtrittene Frage Arndts Rhein. Muſ. II S. 133, Böcking II S. 99, Huſchke Zeitſchr. f. geſch. RW. XIV S. 222—224, Unterholzner I S. 368—370, Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 267—271). Es wird aber behauptet, daß durch den erwähnten Senatsbeſchluß auch der Erſitzung desjenigen, welcher ſich in gutem Glauben für den wahren Erben halte, die Wirkſamkeit gegenüber dem wahren Erben entzogen worden ſei, und in der That ſprechen dafür gute Gründe, namentlich l. 1 D. quor. bon. 43. 2, l. 7 C. de pet. her. 3. 31, l. 4 C. in quib. causis cess. l. t. praescr. 7. 34. Dieſe Anſicht iſt namentlich vertheidigt worden von Arndts Rhein. Muſ. II S. 133 fg. und Beiträge S. 75 fg., welchem beigetreten ſind u. A. Unterholzner I S. 366—367, Schmid § 14 Note 71, Huſchke Zeitſchr. f. geſch. RW. XIV S. 216—220, Vangerow I § 320 Anm. 1, Böcking I § 146 Note 53, Brinz 2. Aufl. I S. 620 fg. Seuff. Arch. XXIX. 110. Der entgegengeſetzten Anſicht ſind namentlich Savigny Zeitſchr. f. geſch. RW. V S. 21 Note 29, Fritz Erläuterungen I S. 330 fg. Ueber l. 29 D. h. t. ſ. Arndts Rhein. Muſ. II S. 129. 148, Schmid § 14 Note 70, Huſchke Zeitſchr. f. geſch. RW. XIV S. 194. Ueber die usucapio pro herede überhaupt vgl. jetzt noch Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 239 fg.

[4] Pro legato. Dig. 41. 8. Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 26 fg.

[5] Wenn man aus gutem Grunde glaubt, die in Beſitz genommene Sache ſei eine herrenloſe, z. B. vom Eigenthümer derelinquirt. Dig. 41. 7 pro de-

an den Eigenthumserwerb durch denjenigen Titel, auf Grund dessen das Urtheil das Eigenthum zugesprochen hat[7].

d. Dauer des Besitzes.

§ 180.

Der im Vorhergehenden näher bestimmte Besitz muß, damit die Ersitzung vollendet sei, bei beweglichen Sachen drei, bei unbeweglichen zehn bez. zwanzig Jahre gedauert haben; zehn Jahre, wenn die Parteien, zwischen welchen die Ersitzung abläuft, ihren Wohnsitz in demselben Oberlandesgerichtsbezirk haben, zwanzig Jahre, wenn das Gegentheil der Fall ist[1]. Ist während des

relicto. Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 24 fg., Gimmerthal das. S. 355 fg. Wirklichkeit der Dereliction verlangt Brinz 2. Aufl. I § 159 Note 22.

[6] L. 4 § 5 D. h. t., l. 2 D. pro suo 41. 10. Es wird in den Quellen kein Titel pro fructu genannt; die Ersitzung der Frucht wird vielmehr als eine Ersitzung pro suo bezeichnet. Dieser Ausdruck geht nicht auf einen speciellen Titel, sondern will nur sagen, daß der Besitzer sich aus irgend einem Grunde für den Eigenthümer halte. Der Ausdruck kann daher für jeden Titel gebraucht werden, wird aber im Besonderen da gebraucht, wo es an einer speciellen Bezeichnung des Titels fehlt. L. 1—3 l. 4 § 1. 2 D. pro suo 41. 10, l. 1 § 2 D. pro dote 41. 9. Vgl. Voigt condictiones ob causam § 35, Fitting Arch. f. civ. Pr. LI S. 7 fg., Göppert organische Erzeugnisse S. 255 fg.

[7] Man beruft sich für das Gegentheil darauf, daß das rechtskräftige Urtheil den Nichteigenthümer zum Eigenthümer mache. Das ist nicht richtig; es gibt ihm nur dem Gegner gegenüber die Befugniß, von demselben Anerkennung als Eigenthümer zu verlangen. Man beruft sich ferner, abgesehen von anderen Stellen, welche noch weniger beweisen, auf l. 3 § 1 D. de Publ. 6. 2, welche von der Tradition auf Grund eines Urtheils handelt, und auf die Analogie der l. 13 § 1 D. de iureiur. 12. 2 und der l. 33 § 3 D. h. t., von welchen Stellen die letzte den Titel ebenfalls in der Uebergabe sieht, die erste nicht sagt, daß der Eid Titel sei. Der hier vertretenen Ansicht sind Unterholzner I § 116, Danz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. V S. 283 fg., Stephan Arch. f. civ. Pr. XXXI S. 353 fg., Pfeiffer das. XXXVII S. 121 fg., Bechmann über die usucapio ex causa iudicati (1860), Scheurl Beitr. II S. 82—86, Böcking II § 146 Note 28, Vangerow I § 320 Anm. 3 (aber erst in der 7. Aufl.); der entgegengesetzten Ansicht sind Arndts Arch. f. civ. Pr. XIII S. 283 fg., Brinz S. 209 (2. Aufl. I S. 620), Sintenis I § 51 Anm. 52, Dernburg I S. 503.

[1] L. un. C. de usuc. transf. 7. 31, l. 12 C. de praescr. l. t. 7. 33. § 180. Nach römischem Recht kam es darauf an, ob die Parteien in derselben „provincia" wohnten: diese Bestimmung ist heutzutage unanwendbar. Vgl. Unterholzner I § 84 Note 278, Sintenis I S. 510, Roth Bayrisches Civilr. II S. 206. Seuff. Arch. VI. 312, IX. 9, X. 137.

Laufes der Ersitzung theilweise das Eine, theilweise das Andere der Fall, so werden zwei Jahre des Auseinanderseins[2] für ein Jahr des Zusammenseins gerechnet, oder umgekehrt ein Jahr des Zusammenseins für zwei Jahre des Auseinanderseins[3]. Die Ersitzungszeit wird juristisch, d. h. von Tag zu Tag, nicht von Moment zu Moment berechnet[4]; vollendet ist sie mit Anbruch des letzten Tages[5].

Der Besitz muß während dieser Zeit ununterbrochen vorhanden gewesen sein, es darf nicht ein später erlangter Besitz mit einem früher gehabten zusammengerechnet werden; durch die Unterbrechung des Besitzes wird auch die Ersitzung unterbrochen, d. h. es wird der bisher abgelaufenen Ersitzungszeit alle rechtliche Kraft entzogen[6]. Der Besitz muß aber ferner während dieser Zeit ungestört vorhanden gewesen sein. Das will sagen: es muß nicht der Eigenthümer gegen den Besitzer den Proceß begonnen haben; auch durch den Proceßbeginn wird die Ersitzung unterbrochen[7]. // Bleibt der Proceß liegen, so läuft zwar eine neue

[2] Die Quellen nennen diejenigen, welche in derselben provincia wohnen, praesentes, diejenigen, welche nicht in derselben provincia wohnen, absentes.

[3] Nov. 119 c. 8. Auch eine Abwesenheit, welche weniger als ein Jahr dauert, muß in gleicher Weise behandelt werden. Pagenstecher II S. 338. 339; a. M. Böcking § 148 Note 5, Zrodlowski Untersuchungen S. 93.

[4] S. § 103 Note 7.

[5] L. 15 pr D. de div. temp. praescr. 44. 3. Ueber l. 7 D. h. t. vgl. § 103 Noten 15 und 12.

[6] L. 5 l. 15 pr. § 2 D. h. t., l. 7 § 4 D. pro emt. 41. 4, l. 5 D. pro don. 41. 6. Die Quellen sagen: „interrumpitur" possessio, usucapio. Die Unterbrechung der Ersitzung wird auch usurpatio genannt (l. 2 D. h. t.), während die Etymologie des Wortes (usurapere, usurpere, usurpare) auf den engern Begriff der Unterbrechung durch eine von einem Andern ausgehende Besitzentziehung führt. Vgl. Unterholzner I § 131 Note 450, Böcking II § 148 Note 15, Karlowa Form der röm. Ehe S. 67 fg. — Ausnahmsweise läuft die Ersitzung fort trotz des Verlustes des Besitzes, so in dem Falle der l. 30 § 1 D. de usurp. 41. 3 (§ 152 Note 6), und nach Analogie dieses Falles muß das Gleiche für den Fall behauptet werden, wo der Besitzer die Sache specificirt.

[7] Man kann diese Unterbrechung eine civilis interruptio nennen, nach l. 5 D. h. t. und Cic. de or. III. 28 § 110; vgl. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. II S. 141—150. — Uebrigens galt die Unterbrechung der Ersitzung durch Proceßerhebung nicht für die usucapio. Dieselbe wurde durch

Ersitzung, aber nur die außerordentliche, und zwar vierzigjährige[8].

§ 181.

Nicht jede Zeit des Besitzes darf in die Ersitzungszeit eingerechnet werden; es gibt Gründe, welche bewirken, daß die Er-

die litis contestatio nicht unterbrochen, sondern es wurde nur ihre Vollendung für das in diesem Processe erfolgende Urtheil unschädlich gemacht; der Beklagte wurde zur Herausgabe der Sache verurtheilt, als wäre dieselbe nicht durch Ersitzung sein eigen geworden. Davon handeln: l. 18. 20. 21 D. de R. V. 6. 1, l. 2 § 21 D. pro emt. 41. 4. Anders war es bei der longi temporis praescriptio; hier wurde die Ersitzung durch die litis contestatio wirklich unterbrochen, l. 2 C. ubi in rem 3. 19, l. 26 C. de R. V. 3. 32, l. 1. 2. 10 C. de praescr. l. t. 7. 33, l. 4 C. quib. non obic. 7. 35. Zwar wird von Manchen (so von v. Buchholtz Versuche S. 132—139, Kierulff S. 283 Note *, Puchta Inst. II § 239. y, Demelius Untersuchungen S. 84. 89. 97, Brinz 2. Aufl. I S. 600, vgl. Arndts § 163 Anm. 2) das Letztere geleugnet und behauptet, auch bei der longi temporis praescriptio habe in dieser Beziehung nichts Anderes gegolten, als bei der usucapio; allein denselben steht nicht bloß entgegen, daß in l. 2 C. ubi in rem und l. 2 C. de praescr. l. t. geradezu von einer Unterbrechung der praescriptio und der possessio die Rede ist (vgl. l. 2 § 21 D. pro emt. 41. 4), sondern namentlich auch, und dieß halte ich für ganz entscheidend, der in l. 1 C. de praescr. l. t. vorgetragene Satz, daß die Litiscontestation die Ersitzung nicht bloß für diesen Proceß unterbreche. So ist also in der That in der Justinianischen Compilation Verschiedenes für die usucapio, Verschiedenes für die l. t. praescriptio gelehrt, und es scheint nach dem oben § 175 Note 3 Gesagten nichts übrig zu bleiben, als das Eine und das Andere zur Anwendung zu bringen, das Recht der usucapio für bewegliche Sachen, das der l. t. praescriptio für unbewegliche. Der eigentliche Sinn Justinians wäre damit aber gewiß nicht getroffen; es kann keinem Zweifel unterliegen, daß Justinian angenommen hat, zwischen der usucapio und der l. t. praescriptio bestehe kein Unterschied. Bei dieser Lage der Sache gewährt einen willkommenen Anhalt l. 2 C de ann. exc. 7. 40. In dieser Stelle gibt Justinian an, wie sich derjenige, gegen welchen eine Verjährung laufe, helfen könne, wenn die Erhebung des Processes wegen eines Hindernisses in der Person des Gegners unmöglich sei; er soll dann eine Verwahrung bei Gericht einreichen, und diese Verwahrung soll ihm zum Zwecke der Unterbrechung der Verjährung denselben Dienst thun, wie die Erhebung des Processes. Dabei stellt Justinian die Ersitzung jeder anderen Verjährung ausdrücklich gleich („et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem, sive triennii, sive longi temporis, sive triginta vel quadraginta annorum sit"). Es kann daher wohl keiner Frage unterliegen, daß in seinem Sinne auch die Erhebung des Processes selbst die Ersitzung unterbrechen soll, wobei unter Erhebung des Processes wie bei der 30jährigen Verjährung (§ 126) die Ladung des Beklagten ver-

sitzung, obgleich ihre sonstigen Erfordernisse vollständig vorhanden sind, stille steht, ruht[1]. Dieser Zustand tritt ein: 1) dadurch, daß die Sache sich in dem Eigenthum einer Person befindet, gegen welche

---

standen werden muß. So auch Wächter Erört. III S. 99—104, Stephan Arch. f. civ. Pr. XXXIV S. 181 fg. Andere Schriftsteller wollen das Recht der usucapio oder der longi temporis praescriptio zur Anwendung gebracht wissen, je nachdem sie überhaupt die Justinianische Ersitzung unter die Grundsätze der ersten oder unter die der letzten stellen. Vgl. Unterholzner I § 127, Savigny VI S. 56—61, Vangerow I § 160 Anm. Nr. II, Schmid I S. 256—260. E. Grueber in seiner Habilitationsschrift über den Einfluß der Eigenthumsklage auf die Ersitzung nach röm. R., München 1875, spricht sich gegen die Unterbrechung deßwegen aus, weil eine processuale Handlung nur inter partes wirke, was mir eine petitio principii zu sein scheint. Vgl. über diese Schrift Eck Jenaische Literaturzeit. 1875 Nr. 40, Hofmann Grünhut's Zeitschr. III S. 737 fg. Gegen die Unterbrechung in Consequenz seiner oben berichteten Ansicht auch Brinz 2. Aufl. I S. 638. Ebenso Arndts § 163 Anm. 2. Eine besondere Ansicht hat Sintenis I § 51 Anm. 12 aufgestellt: die Ersitzung werde durch die Ladung des Beklagten deßwegen unterbrochen, weil die Ladung bösen Glauben bewirke. Vgl. dagegen § 124 Note 5. In der zweiten Auflage seines Lehrbuches erklärt freilich Sintenis diesen bösen Glauben nur für einen „figürlichen", wobei der Beklagte in der „besten Ueberzeugung" bleiben könne! — Für die Unterbrechung durch Ladung Seuff. Arch. VIII. 233.

[8] Daß die neu beginnende Ersitzung eine vierzigjährige sein muß, beruht auf l. 9 C. de praescr. XXX. 7. 39. Wächter Erört. S. 104 Note 40. — Auf den Fall, wo der Proceß liegen bleibt, bezieht sich das praktische Interesse der Frage, ob durch den Proceßbeginn die Ersitzung nur unschädlich gemacht wird, wie bei der usucapio, oder unterbrochen wird, wie bei der longi temporis praescriptio. Wird sie nur unschädlich gemacht, so hat der Proceßbeginn gar keine Bedeutung, wenn es nicht zum Urtheil kommt; anders im Fall der Unterbrechung. Zwar wenn wieder derselbe Kläger gegen denselben Beklagten auftritt, braucht jener nicht einen neuen Proceß zu beginnen, sondern kann den alten fortsetzen, so daß er zum Siege gelangt, auch wenn keine Unterbrechung der Ersitzung stattgefunden hat Aber man nehme an, daß der frühere Beklagte jetzt als Kläger auftritt, oder daß an die Stelle des Klägers oder des Beklagten ein Sondernachfolger getreten ist, oder auch, daß der frühere Beklagte jetzt als Kläger gegen einen Dritten auftritt, welcher sein Recht von dem früheren Kläger nicht ableitet. (Vgl. Arndts § 163 Anm. 2 a. E. Ich wüßte in der That nicht, was abhalten könnte, die von Arndts an diesem Orte aufgeworfene Frage zu bejahen. Eine andere von Grueber a. a. O. S. 38 gestellte Frage verneine ich: der Beklagte kann sich nicht auf ein Stück des Processes berufen, er muß ihn nehmen, wie er liegt, mit dem Urtheil. Uebrigens will auch ich eine Gegenfrage stellen: hält man es denn für ein „angemessenes Resultat", daß der als Kläger gegen den früheren

nicht ersessen werden kann; 2) dadurch, daß gewisse Gründe den Eigenthümer an der Verfolgung seines Rechts hindern. Von dem Einen und dem Andern wird näher unter den Ausnahmen von der ordentlichen Ersitzung gesprochen werden (§ 182 Ziff. 2. 4).

Von der anderen Seite darf der Ersitzende sich nicht bloß die Zeit seines Besitzes anrechnen, sondern unter Umständen auch diejenige Zeit, während welcher ein Anderer besessen hat[2]. Hierfür gelten folgende nähere Regeln[3].

1. Der Gesammtnachfolger tritt in das Ersitzungsverhältniß des Rechtsvorgängers ein[4], und setzt daher, wenn derselbe ersaß, die von demselben begonnene Ersitzung fort[5], kann freilich auf

---

Kläger auftretende frühere Beklagte sich einfach über die Thatsache der früher gegen ihn erhobenen Klage hinwegsetzen kann?)

[1] Praescriptio dormit, wie die Neueren sagen. Der Gegensatz zwischen Stillestehen und Unterbrechung der Ersitzung ist derselbe, wie der entsprechende bei der Verjährung der Ansprüche (§ 109). § 181.

[2] Es findet statt eine accessio temporis, accessio possessionis. Diese Ausdrücke sind quellenmäßig; vgl. jedoch Note 5 g. E.

[3] Dig. 44. 3 de diversis temporalibus praescriptionibus et de accessionibus possessionum. Unterholzner I § 132—136, Vangerow I § 322 Anm 2, Wächter II S. 158 fg. A. Denzinger die Acceſſio possessionis nach dem römischen und canonischen Recht (1842). — Die accessio possessionis fand im klassischen Recht außer bei der Ersitzung eine sehr wichtige Anwendung auch bei dem interdictum utrubi, und die Compilatoren haben eine Reihe von Stellen aufgenommen, welche ursprünglich gerade von dieser ihrer Anwendung gehandelt haben, ohne dieselben durchweg so zu redigiren, daß sie auf die Ersitzung passen. — Uebrigens ist in der Geschichte der accessio possessionis bei der Ersitzung nicht Alles klar; Justinian berichtet von Veränderungen, welche er mit derselben vorgenommen habe (l. un. C. de usuc. transf. 7. 31, § 12 I. de usuc. 2. 6), und dieser Bericht paßt schlecht zu dem, was wir sonst wissen. Vgl. über die verschiedenen Meinungen Unterholzner I S. 465—467, Denzinger § 20, Vangerow a. a. O. Nr. 1 und 2, Böcking § 148 Note 27*, Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 251 fg., Brinz 2. Aufl. I S. 635.

[4] Scheurl Beiträge I S. 22. 90 hat darauf aufmerksam gemacht, daß in die condicio usucapiendi kraft ihrer Natur als „werdendes Eigenthum" succedirt werden könne (vgl. Böcking II S. 117. 118, Köppen Erbrecht S. 231, Unger österr. Erbr. § 7 Anm. 16); aus dem im Texte zu Note 6 Gesagten geht hervor, daß der Regel ein allgemeinerer Ausdruck gegeben werden muß.

[5] Ohne daß es nach römischen Recht darauf ankam, ob er selbst im guten Glauben war oder nicht. L. 40. 43 pr. D. h. t., l. 2 § 19 D. pro emt.

der andern Seite auch, wenn der Rechtsvorgänger aus Mangel an gutem Glauben nicht ersaß, seinerseits trotz seines guten Glaubens keine Ersitzung beginnen[6]. Damit aber der Gesammtnachfolger die von dem Erblasser begonnene Ersitzung fortsetzen könne, ist nothwendig, daß in der Zwischenzeit kein Anderer die Sache besessen habe[7], während die Zeit, wo Niemand die Sache besessen hat, hinzugerechnet wird[8]. Ja es kann sogar die Ersitzung vollendet werden, ohne daß der Erbe den Besitz überhaupt erlangt hat[9].

---

41. 4, l. 30 pr. D. ex quib. causis mai. 4. 6 (— „ut eadem in heredibus, qui in usucapionem succedunt, servanda sint, quia possessio defuncti quasi iniuncta descendit ad heredem"), l. un. C. de usuc. transf. 7. 31, § 12 I. h. t., l. 14 § 1 D. de div. tem. praescr. 44. 3. Die letzte Stelle ist die einzige, in welcher in Betreff des Erben von „accessio possessionis" die Rede ist; aber sie handelte auch ursprünglich vom interd. utrubi. Vgl. Scheurl Beitr. I S. 92 unt., Böcking II S. 118, Brinz S. 218, Köppen Erbrecht 229. 230. — Der letztere Schriftsteller geht gewiß zu weit, wenn er (S. 231) behauptet, daß nach heutigem Recht böser Glaube des Erben nicht schade, weil der Erbe gar nicht Usucapient sei. Vgl. auch Unger österr. Erbrecht § 7 Note 16.

[6] L. 11 D. de div. temp. praescr. 44. 3, l. 3 C. comm. de usuc. 7. 30, l. 11 C. de poss. 7. 32, § 12 I. h. t. Vgl. Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 250 fg. Seuff. Arch. XXXVII. 196.

[7] L. 20 D. h. t., l. 6 § 2 D. pro emt. 41. 4.

[8] L. 31 § 5 h. t.

[9] So ist Vollendung der Ersitzung auch vor eigenem Besitzerwerb des Erben, ja vor Antritt der Erbschaft möglich, l. 31 § 5 D. h. t., l. 6 § 2 D. pro emt. 41. 4, l. 40. 44 § 3 D. h. t., l. 30 pr. D. ex quib. caus. mai. 4. 6; vgl. l. 2 § 18 D. pro emt. Das Gegentheil sagt, oder scheint zu sagen (Böcking II § 148 Note 32), l. 13 § 3 D. de A. v. A. P. 41. 2, die jedenfalls sich ursprünglich auf das interdictum utrubi bezog, und als aus Versehen aufgenommen den eigentlichen Gedanken der Justinianischen Compilation nicht ausdrückt. Vgl. Puchta § 156. l, Jhering Abhandlungen S. 253—256, Bangerow a. a. O. Nr. 1, Scheurl Beitr. I S. 92, Schirmer zu Unterh. I S. 472 Note *, Arndts § 161 Anm. 3, Köppen a. a. O. Anm. 57. Gleiches ist zu sagen von l. 13 § 5 eod., vgl. l. 15 § 1 D. de div. temp. praescr. 44. 3, welche Stelle den Satz vorträgt, daß dem Erben die Zeit des Besitzes des Erblassers selbst dann zugerechnet werde, wenn derselbe nicht bis zu seinem Tode besessen habe. Vgl. übrigens Böcking II § 148 Note 29, Schirmer zu Unterh. I S. 474 Note 471. — Insofern mit dem Tod des Besitzenden die von ihm begonnene Ersitzung nicht aufhört, kann man auch sagen, daß sein Besitz fortdauere (§ 148 zu Note 10). Auf gleichem Wege gelangt man dazu, den vom Erben erlangten Besitz als Fortsetzung des Erblassers anzusehen, vgl. l. 30 pr. D. quib. ex caus. mai. 4. 6.

2. Der Sondernachfolger beginnt in seiner Person eine neue Ersitzung, kann aber für dieselbe den Ersitzungsbesitz seines Rechtsvorgängers mit in Ansatz bringen[10].

3. Dem Sondernachfolger steht derjenige gleich, welcher eine Sache veräußert hat, und dann in Folge der Wiederauflösung der Veräußerung zurückerlangt. Derselbe kann also in die neu begonnene Ersitzung den Besitz des Besitzers der Zwischenzeit, sowie den Besitz, welchen er selbst vor der Veräußerung gehabt hat, einrechnen[11].

e. Ausnahmen*.

§ 182.

Wenn auch die im Vorhergehenden bezeichneten Erfordernisse der ordentlichen Ersitzung vorhanden sind, so findet dieselbe doch nicht in allen Fällen statt. Sie ist ausgeschlossen:

1) an Sachen, welche dem Verkehr entzogen sind (§ 146. 147)[1];

2) an Sachen gewisser Eigenthümer, nämlich: a) des Staates[2]; b) des Landesherrn; c) an unbeweglichen Sachen der Kirchen und milden Stiftungen[4.5];

Diese Auffassung wird, nur zu einseitig, betont von Brodlowski Untersuchungen S. 65 fg.

[10] § 13 I. h. t., l. 2 § 20 (vgl. § 17) D. pro emt. 41. 4, l. 15 § 1—6 l. 16 D. de div. temp. praesc. 44. 3, l. 76 § 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 7 § 3 D. de I. D. 23. 3, l. 14 § 1 D. h. t.. l. 13 § 6. 10—12 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 14 pr. § 2. 4. 5 D. de div. temp. praescr. 44. 3. Die beiden letzten Stellen handelten ursprünglich von dem interd. utrubi; daraus erklärt sich, daß in § 7 und 9 der ersten auch beim Precarium (vgl. § 154 Note 5) und in einem Falle unredlichen Besitzes, in § 3 der zweiten Stelle auch zu Gunsten des Pfandgläubigers Hinzurechnung des Besitzes gestattet wird. Vgl. jedoch auch Böcking § 148 Note 34, und bis zur 4. Aufl. Arndts § 161 Anm. 2.

[11] L. 19 D. h. t.; l. 6 § 1 D. de div. temp. praescr. 44. 3, l. 13 § 2 D. de A. v. A. P. 41. 2.

* Unterholzner I § 32—81, Vangerow I § 317, Schirmer Grundidee der Usucapion S. 99—220.

[1] L. 9 l. 45 pr. D. h. t., § 1 I. eod., l. 9 C. de aquaeductu 11. 43 [42]. § 182. Es muß dieß deßwegen ausdrücklich hervorgehoben werden, weil jedenfalls nach heutigem Recht die dem Verkehr entzogenen Sachen keineswegs nothwendig auch dem Eigenthum entzogen sind.

[2] § 9 I. h. t., l. 18 l. 24 § 1 D. h. t., l. 2 C. comm. de usuc. 7. 30.

[3] Cod. 7. 38 ne rei dominicae vel templorum vindicatio temporis praescriptione submoveatur, l. 2 C. de fund. et saltib. rei dom. 11. 67 [66].

3) an Sachen, welche dem Eigenthümer in gewisser Weise abhanden gekommen sind, nämlich: a) durch Entwendung[6]; b) durch gewaltsame Inbesitznahme[7]; c) durch Veräußerung eines unredlichen

[4] Nov. 111 c. 1, Nov. 131 c. 6 (Auth. *Quas actiones* hinter l. 23 C. de ss. eccl. 1. 2), c. 4. 8 X. de praescr. 2. 26. Seuff. Arch. IX. 266; vgl. XXXVII. 294.

[5] Nicht gehören hierher auch die Sachen der Stadtgemeinden. L. 9 D. h. t. handelt von Sachen der Stadtgemeinden, welche dem Verkehr entzogen sind; l. 12 § 2 D. de Publ. 6. 2 schließt nicht die Ersitzung des Eigenthums, sondern die Ersitzung des vectigalischen Rechts aus. Dieß beweist der folgende § 3; bedarf es einer Hervorhebung, daß Ersitzung eines mit einer Superficies belasteten Grundstücks zulässig sei? Die Zulässigkeit der longi temporis praescriptio gegenüber Stadtgemeinden wird ausdrücklich anerkannt von Paul. sentent. V. 2 § 4 (l. 2 C. ne rei dom. 7. 38 setzt mala fides voraus [„perperam"]); vgl. auch l. 15 § 27 D. de damno inf. 39. 2. Die Sache ist übrigens äußerst streitig. Uebereinstimmend Schmid S. 192, Schirmer a. a. O. S. 111, Böcking II § 145 Note 29, Sintenis I § 51 Anm. 37, Arndts § 162 Anm. 1 in der 5. Aufl.; a. M. Unterholzner I § 45. 58, Puchta § 158. d, Vangerow a. a. O. A. 4. Seuff. Arch. III. 137. 297, IX. 119, XVI. 187, XXIV. 17, XXVIII. 6, XXXI. 306, XXXV. 100. Vgl. auch Francke Arch. f. civ. Pr. XLIV S. 122 fg.

[6] § 2—6 I. h. t., l. 36—38 D. h. t. Es macht sich hier der römische Begriff des furtum geltend (s. Unterholzner I § 62—67 und in diesem Lehrbuch II § 452), mit der Maßgabe jedoch, daß nur dasjenige furtum die Sache unersitzbar macht, welches sie dem Eigenthümer entzieht. Daher wird sie nicht unersitzbar durch ein von dem Eigenthümer selbst begangenes furtum usus oder possessionis (l. 4 § 21 D. h. t., l. 5 D. pro emt. 41. 4, l. 20 § 1 D. de furtis 47. 2; l. 49 D. h. t., l. 6 C. de usuc. pro emt. 7. 26 sind auf ein furtum des Nichteigenthümers zu deuten). Uebrigens gehen auch hier die Ansichten sehr auseinander. Vgl. Unterholzner I S. 214. 221. 222. 232—235, Huschke Zeitschr. f. gesch. RW. XIV S. 256—259, Vangerow a. a. O. B. 4 a, Schirmer S. 166—197. — Die Erzeugnisse einer entwendeten Sache sind als solche der Ersitzung nicht entzogen, l. 4 § 19 D. h. t. (denn das Erzeugniß ist nicht Theil der Sache, l. 10 § 2 i. f. D. h. t., l. 26 D. de V. S. 50. 16); eine Ausnahme machen nur Thierjunge, insofern sie bei dem Entwender concipirt sind, l. 48 § 5 D. de furt. 47. 2 (mit welcher Stelle sich freilich l. 10 § 2 D. h. t. schlecht vereinigen läßt; man muß annehmen, Ulpian eigne sich nur den Grund des Scävola an, nicht aber die von demselben daraus gezogene Consequenz); vgl. Unterholzner I § 67, Schirmer S. 129—143. Göppert organische Erzeugnisse S. 199 fg. Beer über die Ersitzbarkeit von Erzeugnissen gestohlener Sachen nach röm. R. Inaug.-Dissertation. Leipzig 1884. Rossi sui prodotti delle cose rubate, studi Senesi II p. 80 s. Siena 1885.

[7] § 2 I. h. t., l. 4 § 22—27 [28] l. 33 § 2 l. 37 § 1 l. 38 D. h. t. Daß

Besitzers[8]; d) durch Hingabe zum Zweck der Bestechung[9]. In diesen Fällen wird jedoch der Sache die Ersitzbarkeit dadurch zurückgegeben, daß sie in die Gewalt des Berechtigten zurückkommt[10].

der Eigenthümer selbst es ist, welcher die Sache mit Gewalt in seinen Besitz gebracht hat, macht hier keinen Unterschied, l. 4 § 26 D. h. t.

[8] Wenn eine bewegliche Sache von dem unredlichen Besitzer veräußert wird, so wird sie zu einer entwendeten (§ 3 I. h. t.). In Nov. 119 c. 7 hat aber Justinian vorgeschrieben, daß auch die Veräußerung einer unbeweglichen Sache durch den unredlichen Besitzer sie zu einer unersitzbaren machen soll, vorausgesetzt daß der Eigenthümer keine Kenntniß von der Veräußerung oder seinem Recht habe. Daß die Ersitzung auch in der ferneren Hand ausgeschlossen sei, sagt zwar diese Bestimmung nicht ausdrücklich; aber es ist in ihrem Sinne anzunehmen. A. M. Dernburg I § 220 Note 15.

[9] L. 8 D. de lege Iulia rep. 48. 11, l. 48 pr. D. de A. R. D. 41. 1.

[10] Näheres. 1) In die Gewalt des Berechtigten, d. h. des Eigenthümers, § 8 I. l. 4 § 6 D. h. t.; es müßte denn die Entwendung gar nicht gegen das Eigenthumsrecht gerichtet gewesen sein, l. 49 D. h. t. Schwierigkeit macht l. 6 § 3 i. f. D. de prec. 43. 26, welche Stelle nach Justinianischem Rechte doch kaum einen andern Sinn haben kann (Auslegungsversuche bei Vangerow B. 4. c, Arndts § 162 Anm. 3. b. α), als daß die einem Nichteigenthümer entzogene Sache auch durch Rückkehr in dessen Gewalt ersitzungsfähig werde. Unterholzner I S. 220, Schmid § 14 Note 29, Schirmer S. 145—151. 2) In die Gewalt des Berechtigten, l. 4 § 12 D. h. t., l. 22 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 10. 12 C. de furt. 6. 2, l. 7 C. de us. pro emt. 7. 26; l. 4 § 13 D. h. t., l. 85 [84] D. de furt. 47. 2; l. 4 § 14 D. h. t.; l. 32 pr. D. h. t.; l. 42 D. h. t.; l. 215 D. de V. S. 50. 16. Nach der letztgenannten Stelle soll schon die „vindicandi potestas" genügen. 3) Mit Wissen des Berechtigten: er müßte denn auch von der Entwendung nichts gewußt haben, l. 4 § 8—10. 12 l. 41 D. h. t., l. 87 [86] D. de furt. 47. 2. Das Wissen des Vormundes ersetzt das Wissen des Bevormundeten, l. 4 § 11 D. h. t., l. 57 [56] § 4 D. de furt. 47. 2, l. 7 § 3 D. pro emt. 41. 4. In l. 4 § 7 D. h. t. sind die Worte „etiam si sciero" von dem Wissen der zurückerlangten Gewalt und der Entwendung zu verstehen. Unterholzner I S. 225 und Schirmer das., Sintenis Arch. f. civ. Pr. XVIII S. 299—307, Vangerow a. a. O. B. 3. a. Andere (Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. II S. 137—141, Böcking § 145 Note 10) emendiren „sufficit" in „officit". — Die im Vorstehenden angeführten Stellen handeln fast ausschließlich von der Entwendung, an welcher, als dem wichtigsten Fall, die Lehre entwickelt worden ist. Von der gewaltsamen Inbesitznahme reden: § 8 I. h. t., l. 33 § 2 D. h. t., l. 87 [86] D. de furt. 47. 2, l. 6 D. vi bon. rapt. 47. 8, l. 5 C. de usuc. pro emt. 7. 26; von der Hingabe zum Zweck der Bestechung: l. 8 § 1 D. de lege Iul. rep. 48. 11. In Betreff der Veräußerung durch den unredlichen Besitzer ist in der Nov. 119 c. 7 nicht gesagt, wodurch der Sache die Ersitzbarkeit zurückgegeben werde;

4. Die Ersitzung ist ferner ausgeschlossen während der Zeit, wo der Eigenthümer aus gewissen Gründen verhindert ist, seine Sache zu verfolgen. Deßwegen läuft die Ersitzung nicht: a) während der Zeit der Minderjährigkeit des Eigenthümers[11]; b) während der Zeit, wo der Eigenthümer in väterlicher Gewalt steht, in Betreff der dem Nießbrauch und der Verwaltung des Gewalthabers unterworfenen Sachen[12]; c) während der Zeit feindlichen Einbruchs (§ 109 Note 9). Hierher läßt sich auch die Bestimmung stellen, daß die Ersitzung von Dotalsachen gegen die Frau erst von der Zeit an laufen soll, wo die Dos an sie gefallen ist[13].

---

gewöhnlich nimmt man an: dadurch daß der Eigenthümer von der Veräußerung erfahre; aber wie wenn derselbe keine vindicandi potestas hat? Also sind auch hier die Grundsätze von der Entwendung maßgebend.

[11] Die alte usucapio wurde nicht einmal durch die Impubertät ausgeschlossen (l. 2 D. de eo qui pro tut. 27. 5, l. 4 § 24 D. de doli mali exc. 44. 4, l. 4 § 11 D. h. t., l. 2 § 15 l. 7 § 3 D. pro emt. 41. 4, l. 33 D. de furt. 47. 2 [in l. 48 pr. D. de A. R. D. 41. 1 ist nach den Basiliken statt „pupilli" zu lesen „populi"]; l. un. C. si adv. usuc. 2. 35 [36]). Dagegen wurde in die longi temporis praescriptio die Zeit der Minderjährigkeit nicht eingerechnet (l. 3 C. quib. non. obic. l. t. praescr. 7. 35). Das Justinianische Recht ergibt sich aus l. 5 C. in quib. caus. i. i. r. 2. 40 [41], wodurch bestimmt wird: „in omnibus casibus, in quibus vetera iura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per in integrum autem restitutionem eis subveniebant, eas ipso iure non currere ... videlicet exceptionibus XXX vel XL annorum in suo statu remanentibus". Daß durch den Ausdruck „temporales praescriptiones" nach dem Sprachgebrauch jener Zeit die Ersitzung mit umfaßt werde, darf nicht bezweifelt werden, vgl. l. 4 C. de bon. quae lib. 6. 61, l. 30 C. de I. D. 5. 12, l. 2 C. de ann. exc. 7. 40. So auch Unterholzner I S. 117, Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 389 fg. (1844), Schmid § 14 Note 10, Stephan Arch. f. civ. Pr. XXXIV S. 361 fg. (1851), Böcking § 145 Note 31; a. M. Puchta § 158. g, Vangerow a. a. O. A. 5, Sintenis I § 51 Note 32. — Den Minderjährigen andere bevormundete Personen gleichzustellen (was man namentlich in Betreff der Wahnsinnigen versucht hat), fehlt es an allem Anhalt in den Quellen. Unterholzner I § 39. Ebensowenig ist es gerechtfertigt, die Zeit der Abwesenheit bei der Ersitzung außer Ansatz zu lassen; l. 4 C. quib. non obic. l. t. praescr. 7. 35 ist von der Wiedereinsetzung gegen die vollendete Ersitzung zu verstehen. Unterholzner I § 137 Note 493, Vangerow a. a. O. A. 6.

[12] L. 1 C. de bon. mat. 6. 60, l. 4 C. de bon. quae lib. 6. 61, l. 1 § 2 C. de ann. exc. 7. 40.

[13] L. 30 C. de I. D. 5. 12. Die Sache liegt hier insofern nicht ganz

5. Ein gesetzliches, Nichtigkeit begründendes Veräußerungsverbot schließt auch die Ersitzung aus[14].

6. Die Berufung auf die Ersitzung ist nicht zulässig bei Grenzstreitigkeiten[15].

Erfordernisse der außerordentlichen Ersitzung*.

§ 183.

Die außerordentliche Ersitzung ist vollendet, sobald die Verjährung des Eigenthumsanspruchs wegen Vorenthaltung der Sache (§ 192) vollendet ist, wenn zugleich der Besitzer sich während der

gleich, als die Frau früher gar nicht Eigenthümerin ist: es wird hier dem Eigenthümer nicht angerechnet die Zeit, welche verflossen ist, ehe er Eigenthümer war. Vgl. § 109 Note 7. — Dagegen darf nicht mit der herrschenden Meinung auch der Fall des tignum iunctum hierher gestellt werden. Zwar ist die Vindication in diesem Fall durch Rechtsregel ausgeschlossen, aber der Eigenthümer hat zugleich in der actio de tigno iuncto (§ 188 Note 11) ausreichenden Ersatz. Gegen die Ersitzung beweisen nicht l. 23 § 7 D. de R. V. 6. 1, l. 7 § 11 D. de A. R. D. 41. 1, welche nicht von der Ersitzung des Eingefügten als solchen handeln (§ 175a Note 2), für dieselbe beweist l. 30 § 1 D. h. t. Die herrschende Meinung hilft sich dieser Stelle gegenüber theils durch Verweisung auf die Kürze der in dem behandelten Fall zur Vollendung der Ersitzung fehlenden Zeit, theils durch die Annahme, daß in der Stelle von eigentlichem Baumaterial gar nicht die Rede sei, oder sie legt sich die Sache auch so zurecht, daß der Verfasser der Stelle nur „seine Beispiele nicht umsichtig genug gewählt habe". Vgl. § 152 Note 6 und Savigny Besitz S. 311. 312 (370. 371), Vangerow I § 204 Anm. 2 Nr. 2. 3, Windscheid in Sell's Jahrb. I S. 466 fg., Arndts I § 163 Anm. 3 (5. Aufl. u. fg.), Schuhmacher in der § 152 Note 6 genannten Dissertation.

[14] L. 28 pr. D. de V. S. 50. 16. „Alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi". Vgl. l. 12 § 4 D. de Publ. 6. 2. Anwendungen in l. 16 D. de fundo dot. 23. 5 (Verbot der Veräußerung eines Dotalgrundstücks, vgl. l. 5. 6 D. eod.) und l. 3 § 3 C. comm. de leg. 6. 43 (Verbot der Veräußerung einer vermachten Sache; obgleich dieses Verbot nicht durchweg nöthig gewesen wäre, so wird doch ausdrücklich verfügt, daß es auch die Ersitzung ausschließe). In gleicher Weise läßt Nov. 22 c. 24 bei veräußertem Ehegewinn nur die 30jährige Verjährung zu. Die Meinungen sind hier übrigens getheilt; Savigny (IV S. 565—570), Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVII S. 40 fg. LI S. 253 fg. und Kohler krit. VJSchr. XIX S. 145 fg. glauben nur die Ersitzung auf Grund einer verbotenen Veräußerung ausgeschlossen, Gans (Scholien zum Gajus S. 252), Schröder zur Lehre von den gesetzlichen Veräußerungsverboten S. 5 fg. und Dernburg I S. 493 nur das Verlierenwollen durch Ersitzung. Vgl. Unterholzner S. 103 und Schirmer S. 51—53. 204 fg., Vangerow

Verjährungszeit in gutem Glauben befunden hat[1]. Die außerordentliche Ersitzung verlangt weder Titel[2], noch Ersitzbarkeit der Sache nach den zuvor aufgestellten Regeln; aber sie ist in allen Fällen ausgeschlossen, wo die Anspruchsverjährung ausgeschlossen ist, außerdem bei Sachen, welche dem Verkehr entzogen sind[3]. Auch in jeder anderen Beziehung steht sie unter den Regeln der Anspruchsverjährung[4].

I S. 590. 591 (7. Aufl.), Czyhlarz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XXII S. 419 fg. und Totalrecht S. 201, Bechmann Totalrecht II S. 451 fg.

[15] L. 6 C. fin. reg. 3. 39. Vgl. II § 450 Note 10.

* Fritz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III S. 435 fg. (1830). Vangerow I § 325, Böcking II § 149.

§ 183. [1] Die außerordentliche Ersitzung ist von Justinian in l. 8 § 1 C. de praescr. XXX 7. 39 eingeführt worden.

[2] Also keine Rechtfertigung des guten Glaubens; es ist an dem Gegner, den bösen Glauben zu beweisen. Seuff. Arch. XVI. 9. — Daß kein Titel erforderlich sei, ist die herrschende Meinung, und namentlich von Fritz a. a. O. ausgeführt (vgl. auch c. 15 C. 16 qu. 4), s. neuestens Wächter (§ 176 Note *) S. 5 fg. und vgl. Seuff. Arch. XXI. 23. Doch wird auch das Gegentheil behauptet, indem geltend gemacht wird, die außerordentliche Ersitzung sei nicht die Anspruchsverjährung mit veränderter Wirkung, sondern schlechthin Ersitzung. So Unterholzner II S. 94. I S. 355 (jedoch nur zweifelnd, und nicht für das römische Recht), und in der neuesten Zeit Brinz S. 222–225. 2. Aufl. I S. 601. 611. — Daraus, daß kein Titel erforderlich ist, folgt aber nicht, daß auch auf Grund eines nicht entschuldbaren Irrthums ersessen werden könne, wie das die Meinung von Savigny III S. 371 und Wächter a. a. O. S. 5 fg. 18 fg. ist. Es ist nicht anzunehmen, daß die l. 8 § 1 cit. sich in Betreff der Qualification des zum Erwerb des Eigenthums erforderlichen guten Glaubens mit den für die ordentliche Ersitzung (pr. eod.) Geltenden habe in Widerspruch setzen wollen; hätte sie dieß gewollt, so hätte sie es gewiß gesagt. Das Hauptargument Wächters ist, daß das Erforderniß der Entschuldbarkeit des Irrthums sich nur auf den Titel beziehe (§ 178 Note 1). Gegen Wächter auch Bruns (§ 176 Note *) S. 105 fg., Regelsberger Arch. f. prakt. RW. N. F. IX S. 184 fg., Seuff. Arch. XXXIX. 219; für denselben Dernburg I S. 509. — Ueber die l. 8 C. de praescr. XXX vgl. sonst noch, namentlich über § 2 derselben, Tewes Arch. f. civ. Pr. LIV S. 1 fg. (1871).

[3] In Betreff der Frage, ob nicht nach P. G. O. Art. 209 auch die gestohlenen Sachen auszunehmen seien, s. Unterholzner I S. 192, Puchta § 159. c, Schirmer zu Unterh. I S. 193 Note *, Böcking I § 149 Note 12, Wächter II § 137 Note 16, Dernburg I S. 509. — Daß ein gesetzliches Veräußerungsverbot nicht hinderlich sei, ist erkannt in dem Urtheil bei Seuff. Arch. XV. 3. — Vgl. noch Seuff. Arch. XX. 103.

F. Eigenthumserwerb an herrenlosen Sachen*.

§ 184.

Für herrenlose Sachen ist die Regel, daß dieselben in das Eigenthum desjenigen fallen, welcher sie zuerst in Besitz nimmt[1]; doch ist diese Regel keine ausnahmslose.

1. Durch Inbesitznahme wird Eigenthum erworben an den Producten des Meeres[2] und den im Meere entstandenen Inseln[3].

2. Ebenso an wilden Thieren, d. h. denjenigen Thieren, welche sich in ihrer natürlichen Freiheit befinden[4]. Jedoch kommt diese Regel des römischen Rechts in Deutschland nur noch sehr beschränkt zur Anwendung, da Jagd und Fischerei fast überall in Deutschland ausschließliches Recht entweder des Staates, oder der Grundeigenthümer oder anderer Berechtigter sind[5]. Wo dieß der Fall

[4] Namentlich also beginnt sie mit der Erlangung des Besitzes durch den Stellvertreter, wenn auch der Besitzer davon noch keine Kunde hat (§ 177 Note 6, § 155 Note 9).

* Gesterding S. 68—120, Pagenstecher II S. 57—93, Schmid I S. 51—71, Böcking II § 150, Sintenis I S. 488—490.

[1] § 12 I. de R. D. 2. 1: — „quod . . ante nullius est, id naturali § 184. ratione occupanti conceditur". L. 3 pr. l. 30 i. f. D. de A. R. D. 41. 1. Gimmerthal Arch. f. civ. Pr. LII S. 539 fg. glaubt, daß außer der Herrenlosigkeit der Sache auch Bewußtsein des Occupanten von der Herrenlosigkeit Voraussetzung des Eigenthumserwerbes sei. Dieß wird nicht bewiesen durch die dafür angerufene l. 2 pr. D. pro derel. 41. 7, welche die Herrenlosigkeit der Sache als Voraussetzung des Willens, Eigenthum zu erwerben, nicht des Eigenthumserwerbes selbst auffaßt, und dawider spricht l. 9 § 4 D. de iur. et facti ign. 22. 6 (§ 172 Note 9). Vgl. auch Zitelmann Irrthum S. 312.

[2] § 18 I. h. t. 2. 1, l. 3 D. de D. R. 1. 8.

[3] § 22 I. h. t. 2. 1, l. 7 § 3. D. h. t. 41. 1.

[4] § 12—16 I. h. t. 2. 1, l. 1 § 1 l. 3 § 1 l. 5 § 1—6 l. 14 pr. l. 44 D. h. t. 41. 1. Schütze Jahrb. d. gem. R. VI S. 68—84.

[5] Gerber § 92—94, Beseler § 89 Note 15. § 199, Stobbe II § 150. 151, Schmid S. 57—59; in Betreff der Fischerei s. auch Hesse Jahrb. f. Dogm. VII S. 269—271. — Wächter in den beiden akademischen Programmen (1868 und 1869), welche neu abgedruckt sind in: Sammlung von Abhandlungen der Mitglieder der Juristenfacultät zu Leipzig I S. 333—375 (1870), hat auszuführen gesucht, daß auch schon dem römischen Recht ein Jagdrecht bekannt gewesen sei. Er beruft sich auf die Stellen, welche den Ertrag der Jagd zu den fructus des Grundstücks rechnen (l. 9 § 5 l. 62 pr. D. de usufr. 7. 1, l. 26 D. de usur. 22. 1, Paul. sentent. III. 6 § 22),

ist, wird Eigenthümer des in Besitz genommenen Thieres nicht der Occupant[5a], sondern der zur Jagd bez. Fischerei Berechtigte[5b].

ferner auf l. 16 D. de S. P. R. 8. 3. Was mich abhält, der, wie immer, trefflich ausgeführten Ansicht des berühmten Rechtslehrers beizutreten, ist das auch von Wächter angedeutete Bedenken, daß die Quellen keine Spur von einem obligatorischen Entschädigungsanspruch gegen den unberechtigten Occupanten (dessen Eigenthumserwerb leugnet auch Wächter nicht) aufweisen (die actio iniuriarum beruht natürlich auf einem ganz andern Gesichtspunkt), ferner l. 13 § 7 D. de iniur. 47. 10, wo es geradezu heißt, daß der Eigenthümer eines Grundstücks den Nichteigenthümer nur am Betreten des Grundstücks, nicht am „occupare", zu verhindern berechtigt sei. Von der anderen Seite entziehen sich die oben genannten Stellen nicht der Möglichkeit der Erklärung daraus, daß dem Eigenthümer und dem Nießbraucher im regelmäßigen Verlauf der Dinge jedenfalls factisch der Ertrag der Jagd zufällt, und daß der Letztere nicht etwa genöthigt werden kann, diesen Ertrag dem Eigenthümer auf Grund der cautio usufructuaria herauszugeben. Gegen Wächter auch Schirmer Zeitschr. f. RGesch. XI S. 311 fg., Brinz 2. Aufl. I S. 567 fg., Göppert krit. VJSchr. XIII S. 223 fg., v. Brünneck Gruchot's Beiträge XVI S. 182 fg.; für Wächter Wendt XIX S. 373 fg.; gegen diesen Schirmer Zeitschr. der Sav.-Stift. III S. 23 fg. Für die herrschende Meinung auch Landucci in dem Aufsatz im Archivio giuridico XXIX fasc. 3. 4. 5 (vgl. Grünhut's Zeitschr. XI S. 758 fg.).

[5a] A. M. Reyscher württemb. Privatr. II § 288a, Puchta Vorl. zu § 154, Walter deutsches Privatr. § 126, Goltdammer Arch. f. preuß. Strafrecht 1868 S. 24 fg. (die Abhandlung ist anonym erschienen, aber daß sie von Goltdammer ist, weiß ich aus seiner eigenen Mittheilung, vgl. Wächter a. a. O. S. 334), Lang Handbuch des im KR. Württemberg geltenden Sachenrechts S. 178 fg., Thon Rechtsnorm und subjectives Recht S. 337 Note 19 — nicht aber auch der von Goltdammer a. a. O. citirte Gesterding Lehre vom Eigenthum, denn s. das. S. 84. Es läßt sich vermuthen, daß auch Wächter in der Fortführung seiner Abhandlung die gleiche Meinung vertreten werde, da er sie bereits im römischen Recht begründet findet.

[5b] So früher (vgl. unten) Gerber § 92 Note 3: nach Analogie der Separation der Früchte durch einen unbefugten Fremden; ferner Schütze Jahrb. des gem. R. VI S. 103 fg. (1862): nach Analogie des Eigenthumserwerbes durch unfreiwillige Repräsentation und durch Verwirkung (§ 174) und speciell des Eigenthumserwerbes an dem von einem Andern auf unserem Grund und Boden gesuchten Schatz (Note 10); Bekker das. S. 115: kraft des Inhaltes des Jagdrechts; R. Roth krit. VJSchr. V S. 542 fg: ebenso; v. Brünneck Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 97—99 (1865): wie Schütze, nur mit Verwerfung der Idee der Verwirkung und mit Hinzufügung der Analogie des Beuteerwerbes für den Staat durch den Soldaten, s. auch dens. Gruchot's Beiträge XVI S. 201 fg.; Beseler § 89 Note 15. Brinz in der 2 Aufl. I S. 570 geht so weit, zu behaupten, daß die Occupation des Un-

3. Auch an den vom Eigenthümer aufgegebenen Sachen wird Eigenthum durch Inbesitznahme erworben[6]; die bloß verlorenen gehören zu denselben natürlich nicht[7].

---

berechtigten nicht sowohl die Wirkung habe, dem Jagdberechtigten Eigenthum erst zu geben, als vielmehr die, sein bis dahin schon vorhanden gewesenes „flüssiges" Eigenthum in ein „festes" zu verwandeln. — Eine dritte Meinung nimmt an, daß durch die Occupation des Unberechtigten Niemand Eigenthümer werde. So Gerber a. a. O. in der ersten Auflage, und jetzt wieder seit der 9. § 93 Note 1; ferner Bluntschli deutsches Privatrecht § 71 Nr. 5, welcher aber durch Veräußerung des unberechtigten Occupanten Eigenthum bei dem redlichen Erwerber entstehen läßt, während Gerber bei einer gegen den unberechtigten Occupanten begründeten Obligation auf Rückgewährung der Möglichkeit der Ausübung des Occupationsrechts stehen bleibt; neuestens auch Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 472, Dernburg Preuß. Privatr. I § 229 Note 8. Pand. I § 203 Note 14, Stobbe II § 151 Nr. VI. 2. — K. Roth a. a. O. erstreckt den Eigenthumserwerb des Jagdberechtigten auf das auf dem betreffenden Grundstück gefallene, gefangene oder sonst an Ortsveränderung gehinderte Wild; ebenso, nur im Ausdruck nicht so weit gehend, Bekker a. a. O. Diese Ausdehnung ist consequent; denn schadet fremde Besitzergreifung nicht, so kann auch der Mangel der eigenen nicht schaden. Die Frage ist also in hinlänglicher Allgemeinheit gefaßt so zu stellen: gewährt das moderne Jagdrecht nur ein ausschließliches Occupationsrecht, oder ist es selbst Eigenthumserwerbstitel, welcher nur zu seiner Verwirklichung ferner voraussetzt, daß die zu erwerbende Sache eine habbare geworden sei (nach der Analogie des Fruchterwerbs)? Eine sichere Entscheidung dieser Frage wird sich wohl nur durch eine eingehende historische Untersuchung gewinnen lassen; wenn aber wirklich das Jagdrecht nach deutscher Auffassung sich „als eine Zubehör des Grundstücks" darstellt (Gerber a. a. O. § 92 zu Note 6), so scheint dazu die hier vertretene Ansicht am meisten zu passen. — Ueber den Fall, wo Jagdrecht und Jagdausübung getrennt sind, s. v. Brünneck Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 80 fg.

[6] § 47 I h. t, l. 1 D. pro derel. 41. 7, l. 43 § 5 D. de furt. 47. 2. Was aus einem Schiffe in das Meer geworfen wird, ist im Zweifel als aufgegeben zu betrachten, l. 43 § 11 D. de furt. 47. 2; aber es kann auch das Gegentheil anzunehmen sein, so namentlich, wenn der Auswurf zum Zwecke der Erleichterung des Schiffes in Seegefahr geschieht, § 48 I. h. t. 2. 1, l. 9 § 8 (l. 58) D. h. t. 41. 1, l. 8 D. de lege Rhodia 14. 2.

[7] Der Finder einer verlorenen Sache wird nicht Eigenthümer derselben, l. 67 D. de R. V. 6. 1. Eignet er sich die Sache an, so begeht er ein Delict (furtum — s. g. Funddiebstahl, vgl. darüber die Abhandlung von Schütze Arch. f. prakt. RW. N. F. II S. 155 fg. 293 fg. 345 fg. [1865]), l. 43 § 4—9 D. de furt. 47. 2, § 48 i. f. I. h. t. 2. 1, vgl. l. 31 § 1 D. h. t. 41. 1. Hat er die Absicht, die Sache dem Eigenthümer zurückzugeben, so wird er verpflichtet und berechtigt nach den Grundsätzen der negotiorum gestio (II § 430), und daraus läßt sich auch eine Pflicht zur Veröffentlichung des

4. [7a] Als herrenlose Sache wird auch der Schatz angesehen; er ist zwar vom Eigenthümer nicht aufgegeben, aber der Eigenthümer ist wegen der Länge der Zeit, die seit der Verbergung des Schatzes verflossen ist, unauffindbar[8]. Der Schatz fällt zur

---

Fundes, vorausgesetzt daß dieselbe keine besondere Mühe und Kosten in Anspruch nimmt, herleiten. Vgl. Schütze a. a. O. S. 178—182. 369—372, Delbrück Jahrb. des gem. R. III S. 25 fg. 54 fg., Gimmerthal Arch. f. civ. Pr. LII S. 526 fg. Particularrechte lassen nach erfolglos gebliebener öffentlicher Bekanntmachung Eigenthumserwerb oder Ersitzung eintreten (während das ältere deutsche Recht mehr geneigt war, die Sache der Obrigkeit zu überantworten [vgl. z. B. Sachsenssp. II. 37 § 3]), gestehen auch, wenn der Eigenthümer sich meldet, dem Finder einen Fundlohn zu (gegen l. 43 § 9 cit.). Delbrück Jahrb. f. Dogm. III S. 1 fg. (1858) hat auch für das gemeine Recht die Sätze in Anspruch genommen, daß einerseits der Finder nach erfolglos gebliebener öffentlicher Bekanntmachung Eigenthümer (und zwar ex tunc, von der Zeit des Findens an,) werde, und daß ihm andererseits Anspruch auf einen Fundlohn gebühre; aber die Beweise erscheinen nicht genügend. Vgl. auch Sintenis I § 50 Note 4, Gimmerthal a. a. O. S. 528 fg. Seuff. Arch. XXI. 15. Uebereinstimmend mit Delbrück, was den Eigenthumserwerb angeht, Schütze Arch. für prakt. RW. N. F. II S. 376 Note 125. Die fernere Literatur s. bei Delbrück a. a. O. S. 1. Gimmerthal a. a. O. S. 533 fg. läßt nach fruchtloser öffentlicher Bekanntmachung Ersitzung eintreten; der Titel liege in einer „fingirten Dereliction". Das hat gar keinen Grund. Steht, wenn sich kein Eigenthümer meldet, dem Finder gegen die Obrigkeit ein Anspruch auf Rückgabe zu? Ja: condictio causa data causa non secuta condictio possessionis. Dafür auch Seuff. Arch. XXI. 15, XXXIII. 307. Vgl. Verhandl. des 16. deutschen Juristentages I S. 41 fg. 341 fg. (Eck), I S. 65 fg. (Daude), I S. 170 fg. (Bonitz), II S. 32 fg. 326 fg. — Strandgüter: Goldschmidt Handelsr. I § 78 Note 20, Heffter Völkerrecht § 79, Bluntschli Völkerrecht § 334. 335, Stobbe II § 149 Nr. IV. Reichsstrandordnung 17/5 74 (vgl. § 174 Note 1).

[7a] Köchy Civilist. Erörterungen S. 158—275 (1797). Schwach in Haimerl's VJSchr. XII Nr. 4 (Schletters Jahrb. XII S. 100 fg.). Gimmerthal Arch. f. civ. Pr. LI S. 63 fg. F. André die Lehre vom Schatz nach röm. u. gem. R., Berliner Inaug.-Dissert. 1884.

[8] L. 31 § 1 D. h. t. 41. 1. „Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat". L. un. C. de thes. 10. 15: — „thesaurum i. e. condita ab ignotis dominis tempore vetustiori mobilia". Vgl. hierzu Kuntze zu Holzschuher II § 106 Nr. 1. Der Ausdruck thesaurus kommt übrigens in den Quellen auch zur Bezeichnung einer verborgenen werthvollen Sache vor, deren Eigenthümer nicht unbekannt ist, vgl. l. 22 pr. D. fam. erc. 10. 2, l. 15 D. ad exh. 10. 4, l. 44 pr. D. de A. v. A. P. 41. 2.

Hälfte an den Finder[9], zur Hälfte an den Eigenthümer des Grundstücks, in welchem er gefunden worden ist. Ist nach demselben auf einem fremden Grundstück gesucht worden, so fällt er ganz an den Eigenthümer dieses Grundstücks. Sind beim Suchen Zaubermittel oder andere Künste angewandt worden, so bekommt der Finder ihn auch dann nicht, wenn er ihn auf eigenem Grund und Boden gefunden hat, vielmehr fällt er in diesem Fall an den Fiscus[10]. Dieselben Grundsätze müssen zur Anwendung kommen, wenn ein Schatz in einer beweglichen Sache gefunden worden ist[11].

5. Nach römischem Recht gelten auch feindliche Sachen als herrenlos, und fallen in das Eigenthum des Bemächtigers[12]. Das

---

[9] Der Schatz fällt an den Finder, nicht an denjenigen, welcher sich seiner bemächtigt; die Quellen reden nur vom Finder. Vgl. Dernburg Heid. krit. Zeitschr. I S. 148, Wächter II S. 135; a. M. Sell Versuche I. 4. § 1—3, Brinz 2. Aufl. I S. 572. Bruns in v. Holtzendorff's Encyclopädie I § 134 Nr. I. 1: „Für den Finder ist der Begriff der Occupation allmählich und kaum mit Bewußtsein in den der Entdeckung umgewandelt".

[10] § 39 I. h. t., l. un. C. cit. Nach § 39 I. cit. soll der in „sacro vel religioso loco" gefundene Schatz ganz an den Finder, nach l. 3 § 10 D. de I. F. 49. 14 der „in locis religiosis aut in monumentis" gefundene zur Hälfte an den Fiscus fallen; heutzutage, wo auch geweihte Grundstücke und Begräbnißplätze einen Eigenthümer haben (§ 147), muß er zur Hälfte an diesen letzteren fallen. Doch ist das nicht die herrschende Ansicht. Vgl. Schmid § 7 Note 56 a. E., Pagenstecher II S. 91 u. 92, Gimmerthal S. 70 Note 8, Wächter II S. 136. Darüber, was eintreten soll, wenn unter Anwendung verbotener Mittel ein Schatz gesucht und gefunden worden ist, sagt l. un. cit. ausdrücklich nichts; ihre Meinung aber ist die im Text bezeichnete, vgl. Coll. XV. 2 § 1. — Man streitet darüber, ob der Grundeigenthümer bez. der Fiscus ohne Weiteres erwerbe, oder ob ihnen nur ein obligatorischer Anspruch gegen den Finder zusteht? Das Letztere behaupten Puchta § 154, Böcking § 150 Note 35 (Seuff. Arch. XI. 15); aber man muß sich für die erstere Ansicht entscheiden nach l. 3 § 10 D. de I. F. 49. 14 und l. 63 D. h. t. 41. 1. W. Sell Versuche I. 4 § 4, Gimmerthal S. 71 fg., Wächter II S. 136, Dernburg I S. 473. — Nichtanzeige an den Fiscus, wenn demselben ein Theil gebührt, wird mit Verlust des Ganzen und seines Werthes gestraft, l. 3 § 11 D. de I. F. 49. 14.

[11] Nichts in den Quellen spricht dagegen, und l. 67 D. de R. V. 6. 1 spricht dafür. A. M. jedoch Böcking § 150 Note 31, Schwach a. a. O. S. 144. Eine besondere Abhandlung über diesen Gegenstand ist die von W. Sell Versuche I. 3.

[12] § 17 I. h. t. 2. 1, l. 5 § 7 l. 51 § 1 D. h. t. 41. 1. Doch war die

heutige Völkerrecht dagegen gestattet ein Occupationsrecht im Landkriege nur an der Kriegsbeute[13]; weitergehende Grundsätze gelten für den Seekrieg[14].

G. Eigenthumserwerb an neu entstandenen Sachen*.

§ 185.

Neu entstandene Sachen können als herrenlose Sachen behandelt werden. Dieß ist der Fall bei der im Meere entstandenen

---

Beute an den Staat abzuliefern, und ebenso wurde das eroberte feindliche Grundstück ager publicus, l. 13 D. ad leg. Iul. pec. 48. 15 [13], l. 20 § 1 D. de capt. 49. 15 (vgl. Böcking § 142. b—d).

[13] Vgl. Heffter das europ. Völkerrecht der Gegenwart § 130—140 § 150 fg. Bluntschli das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten S. 42 fg. und § 652. 657. 659. 661 (3. Ausg.). Als Gegenstände der Kriegsbeute bezeichnet Heffter a. a. O. § 150 „alle beweglichen körperlichen Sachen, welche dem feindlichen Heere oder einzelnen dazu gehörigen Individuen von rechtmäßigen Streitern der Gegenpartei, oder ausnahmsweise denjenigen Staatsangehörigen abgenommen werden, deren Plünderung von dem Befehlshaber der Gegenpartei erlaubt worden ist, z. B. bei der Erstürmung einer Festung oder eines andern hartnäckig vertheidigten Platzes". Das Letztere mißbilligt Bluntschli, und beschränkt ferner das Beuterecht auf die dem Feinde abgenommene Kriegsrüstung und andere bei dem todten Feinde vorgefundene Gegenstände. Wird aber an der Kriegsbeute wirkliches Eigenthumsrecht erworben? Heffter (§ 136) gestattet dem Beutemachenden nur „die ungehinderte Befugniß zu allen thatsächlichen, nach den Umständen möglichen Verfügungen über Nutzung und Substanz der Sache, ohne daß darüber von ihm oder demjenigen, welchem er sie überträgt, Rechenschaft zu geben ist, so lange der Kriegsstand dauert und der Besitzer dem Eigenthümer feindlich gegenübersteht". „Aber es existirt durchaus kein alle Staaten verpflichtender Grundsatz, eine unter gewissen Umständen gemachte Beute als unwiderrufliches Eigenthum des Beutemachenden und seiner Nachfolger im Besitze gelten zu lassen, wenn nicht Friedens- und andere Verträge dem Besitzstand einen solchen Charakter ertheilen."

[14] Heffter a. a. O. § 135 fg. Bluntschli a. a. O. S. 43 fg. und § 664 fg.

* Köchy civilistische Erörterungen I Nr. 1 (1797). Gesterding S. 195—221, Schmid I S. 123—137, Pagenstecher II S. 128—137. Böcking II S. 143—145, Sintenis I S. 491—493. Burchardi Zeitschr. f. Reichs- und Landesrecht I S. 97 fg. (1875). (Dieser Aufsatz enthält in seinem wesentlichen Inhalt eine Widerlegung der Behauptung, daß die im Text dargestellten Grundsätze in Deutschland keine gemeinrechtliche Geltung hätten, vielmehr das betreffende Grundstück an den Fiscus oder den Landesherrn falle.) Zirn-

Insel (§ 184 Note 3). Regelmäßig geschieht dieß aber nicht, sondern das Recht theilt sie, sowie sie entstehen, einem bestimmten Eigenthümer zu.

1. Die in einem öffentlichen Flusse entstandene Insel fällt in das Eigenthum der anschießenden Grundeigenthümer. Die Grenze ihrer Berechtigung wird gebildet einerseits durch eine durch die Mitte des Flusses gezogene Linie, andererseits durch Linien, welche auf diese Linie von den Grenzpunkten der einzelnen Grundstücke senkrecht gezogen werden[1].

---

dorfer Zeitschr. der Sav.-Stiftung III S. 233 fg. (1882). (Vorzugsweise dogmengeschichtlichen Inhalts.) Ueber die beiden hierher gehörigen Aufsätze von Henrici Jahrb. f. Dogm. XIII S. 57 fg. und XV S. 313 fg. s. Note 1. Vgl. auch Zrodlowski Untersuchungen aus dem Oesterreichischen Civilrecht (1872) S. 130 fg.

[1] § 22 I. h. t. 2. 1, l. 7 § 3. 4 l. 29 l. 30 pr. § 2 l. 56 l. 65 § 2. 3 § 185. D. h. t. 41. 1, l. 1 § 6 D. de flum. 43. 12, vgl. Gai. II. 72. Ueber l. 65 § 4 D. h. t. s. Vangerow § 328 Anm. 1, Schmid § 10 Note 22, Zirndorfer S. 234 fg. Im römischen Recht setzte dieser Erwerb (und ebenso der in den beiden folgenden Fällen) einen ager non limitatus voraus. L. 16 D. h. t., l. 1 § 6. 7 D. de flum. 43. 12. Rudorff gromat. Institutionen S. 452. Seuff. Arch. IX. 8. — Die Quellen enthalten den ersten Theil des im Text aufgestellten Satzes dem Wortlaut nach nicht. Sie sagen: wenn die Insel in der Mitte des Flusses liegt, ist sie den an beiden Seiten anschießenden Grundeigenthümern gemeinschaftlich; wenn sie dem einen der beiden Ufer näher ist, gehört sie den Grundeigenthümern dieses Ufers ausschließlich. Die herrschende Meinung versteht jedoch diesen Anspruch dahin, daß die Insel an die Grundeigenthümer des einen oder des andern der Ufer ausschließlich falle, so weit sie diesem Ufer näher sei. Nun hat aber neuerdings Henrici in einer bemerkenswerthen Ausführung (Jahrb. f. Dogm. XIII S. 57 fg. [1873]) nachzuweisen gesucht, daß im Sinne der Quellen das Princip der größeren Nähe schlechthin maßgebend sei, d. h. nicht bloß für das Verhältniß der Grundeigenthümer der einen Flußseite zu denen der anderen, sondern auch für das Verhältniß der Grundeigenthümer der gleichen Flußseite, und er stellt demnach die Regel auf: jeder Punkt der Insel wächst demjenigen Ufergrundstück zu, welches demselben näher liegt, als ein anderes Grundstück. Hienach würde, wenn etwa ein einzelnes Grundstück mit einer scharf vorspringenden Spitze der Insel so nahe käme, daß jede Entfernung von irgend einem Punkte der Insel bis zu dieser Spitze geringer wäre, als bis zu einem andern Uferpunkt, der Eigenthümer des gedachten Grundstücks die ganze Insel, auch in denjenigen Theilen, mit welchen sie das Grundstück seitwärts überragt, für sich hinwegnehmen. Gegen Henrici hat sich erklärt Preußer in einer Anmerkung zu Seuff. Arch. XXVI. 221; wiederholt vertheidigt worden ist sie von Henrici Jahrb. f. Dogm. XV S. 313 fg. (1877). Auch durch diese neueste

2. Ebenso verhält es sich, wenn neuer Grund und Boden dadurch entsteht, daß ein öffentlicher Fluß sein Bett verläßt[2].

3. In gleicher Weise fällt das durch Anschwemmung neu entstandene Grundstück in das Eigenthum desjenigen, an dessen Grundstück es angeschwemmt ist[3].

Vertheidigung bin ich von der Quellenmäßigkeit der Auffassung nicht überzeugt worden. Die Quellen wissen nichts von einer größeren Grundstücksnähe (zu l. 30 § 2 D. de A. R. D.: „cuius ager propior fuerit" vgl. l. 56 pr. eod.: „si propior fundo tuo fuit quam eius, qui trans flumen habebat", und dann wieder § 1 eod.: „cum propior fundo tuo initio fuisset insula"), sondern nur von einer größeren Ufernähe, und die Vertheilung zwischen den verschiedenen Eigenthümern desselben Ufers soll nach ihrem Ausspruch so gemacht werden, daß jeder erhalte, was vor seinem Grundstück („ante", „ad frontem", „contra frontem") liegt. Henrici meint, das sei zu verstehen mit der Maßgabe, daß nicht eines der Grundstücke der Insel näher liege, als das andere; die Berechtigung dieser Behauptung leuchtet nicht ein. Nun ist es allerdings richtig, daß die Auffassung, welche Henrici bekämpft, Fragen übrig läßt, auf welche sie unmittelbar keine Antwort gibt, so namentlich, wie es gehalten werden solle, wenn die Insel zwar ausschließlich in der einen Flußhälfte liegt, aber hier mehrere „frontes" hat, z. B. sie liegt hinter einem Vorsprung oder in einer runden Bucht, wie ferner, wenn sie ganz oder theilweise gar kein Gegenüber hat, was der Fall ist, wenn sie vor einem einmündenden Fluß oder vor einer Bucht liegt, und endlich ist auch der Fall möglich, daß in der Nähe der neugebildeten Insel eine andere Insel liegt, welcher letztgenannte Fall für Henrici der Anlaß zu seiner Betrachtung gewesen und durch ein Erkenntniß des OAG. zu Berlin (Seuff. Arch. XXVI. 221) in seinem Sinne entschieden worden ist. Meiner Ansicht nach muß auch in diesen Fällen diejenige Landerstreckung gesucht werden, welche als das nähere Gegenüber erscheint. Wenn sich dabei in der Ausführung Schwierigkeiten ergeben, so mag das Veranlassung zu gesetzgeberischem Einschreiten sein; auf dem Boden des gemeinen Rechts aber die genannten Fälle nach dem Princip der größeren Nähe im Sinne Henrici's zu entscheiden, halte ich nicht für eine Wiedergabe der Quellen, sondern für die Hineintragung eines den Quellen fremden Gedankens. Gegen Henrici auch Zirndorfer a. a. O., welcher seinerseits die Schwierigkeit der Auffindung der „Mittellinie" betont und daraus die Nothwendigkeit herleitet, dem richterlichen Ermessen freien Spielraum zu gewähren. Für Henrici Dernburg I § 207 Note 11.

[2] § 23. 24 I. h. t 2. 1, l. 7 § 5. 6 l. 30 § 1. 3 l. 38 l. 56 § 1 D. h. t. 41. 1. Ueber den Schluß von l. 7 § 5 cit („sed vix est ut id obtineat") vgl. Wächter im Rechtslex. I S. 17 Note 23, Schmid I § 10 Note 40. Seuff. Arch. IX. 8. Anders bei Privatgewässern, und so auch bei Landseen. Seuff. Arch. XI. 16. Gelten die angegebenen Grundsätze auch, wenn das Bett eines öffentlichen Flusses künstlich verlegt wird? Dagegen das Urtheil bei Seuff. XIII. 208.

Wichtiger als die hier genannten Sachen sind die organischen Erzeugnisse und die durch menschliche Thätigkeit neu geschaffenen Sachen.

Eigenthumserwerb an organischen Erzeugnissen*.

§ 186.

Die organischen Erzeugnisse einer Sache sind, so lange sie mit der erzeugenden Sache verbunden sind, Theile derselben und bilden den Gegenstand einer Berechtigung nicht[1]; mit ihrer Trennung fallen sie in das Eigenthum des Eigenthümers der erzeugenden Sache[2]. Dieß gilt in gleicher Weise von denjenigen organischen Erzeugnissen, welche Früchte im technisch juristischen Sinne des Wortes sind (§ 144), wie von denjenigen, welche es nicht sind[3].[4] Das Recht der Fruchtziehung kann aber in größerem oder geringerem Umfang vom Eigenthumsrecht abgelöst sein und als Recht an fremder Sache einem Nichteigenthümer zustehen; dann fallen die Früchte an denjenigen, welchem dieses Recht zusteht, an den Nießbraucher jedoch erst, wenn er sich in den Besitz der Früchte gesetzt hat[5]. Verschieden hiervon ist der Fall,

[3] § 20 I. h. t. 2 1, l. 7 § 1 l. 56 pr. D. h. t. 41. 1. Vgl. l. 12 pr. eod. Seuff. Arch. IX. 8, XIII. 309, XXI. 209, XXIII. 211, XXIV. 189, XXXI. 305; V. 110.

* Gesterding S. 177—190, Schmid I § 9, Pagenstecher II S. 93—113. Böcking II § 151, Sintenis I S. 185—187. Heimbach die Lehre von der Frucht S. 43—92. 211 fg. (1843). Göppert über die organischen Erzeugnisse (1869). Dazu Hartmann krit. VJSchr. XI S. 503 fg. (1869).

[1] S. § 144 Note 1 und 2. § 186.

[2] § 19 I. h. t. 2. 1, l. 2. 6 D. h. t. 41. 1, l. 5 § 2 D. de R. V. 6. 1, l. 25 pr. § 1 D. de usur. 22. 1. Vgl. § 144 Note 3. 4.

[3] Wie z. B. von den Windbrüchen, und nach römischem Recht von dem Sclavenkinde (§ 144 Note 6. 7).

[4] Ebenso fallen an den Eigenthümer diejenigen Früchte, welche organische Erzeugnisse nicht sind, wie z. B. Steine, Kreide, Sand, und was an dergleichen Sachen von einem Grundstück gewonnen werden kann (§ 144 Note 8). Vgl. Ihering Jahrb. f. Dogm. VI S. 92—93, v. Brünneck Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 251 - 261. Doch gehören diese Früchte nicht hierher, denn sie sind keine neu entstandenen Sachen. — Ausnahme so weit das Bergregal bez. die Berghoheit reichen. S. § 169 Note 22 und v. Brünneck a. a. O. S. 375 fg.

[5] Anders der Emphyteuta. L 25 § 1 D. de us. 22. 1, l. 12 § 5 D.

wo das Recht auf die Früchte einer fremden Sache nicht auf einem Recht an der Sache, sondern auf einer obligatorischen Gebundenheit des Eigenthümers beruht; hier werden die Früchte nur dadurch erworben, daß sie mit dem Willen des Eigenthümers in Besitz genommen werden, also durch Uebergabe (Tradition)[6].

---

de usufr. 7. 1, l. 13 D. quib. mod. usufr. 7. 4. Auch den Nießbraucher wollen die Meisten ohne Inbesitznahme Eigenthümer werden lassen an Thierjungen, auf Grund von l. 28 pr. D. de us. 22. 1 (§ 37 I. h. t. 2. 1). „In pecudum fructu etiam fetus est, sicut lac et pilus et lana. Itaque agni et haedi et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii". Aber das „statim" zu urgiren, ist um so weniger Veranlassung vorhanden, als unzweifelhaft das „pleno iure" für den bonae fidei possessor ungenau ist, man mag über sein Rechtsverhältniß denken, wie man will, jedenfalls muß er die vorhandenen Früchte herausgeben (s. den Verfolg des §). Wächter das schwebende Eigenthum S. 11 Note 3 (Pand. I S. 343) wendet hiergegen ein, diese Herausgabeverpflichtung sei nur eine obligatorische. Deßwegen ist es immer noch nicht genau, von pleno iure eius esse zu reden. Hierzu kommt, daß die genannten Stellen keine Andeutung davon enthalten, daß sie etwas für Thierjunge Besonderes lehren wollen, umgekehrt, was sie von ihnen sagen, auf ihre Fruchtnatur zurückführen. Auf der andern Seite steht nun allerdings, daß Theophilus das statim durch ἅμα τῷ τεχθῆναι wiedergibt, und so mag zugegeben werden, daß die Sache zweifelhaft bleibt. Wie hier: Elvers die römische Servitutenlehre S. 489—492, Göppert S. 282 fg., Brinz S. 196, Arndts § 156 Anm. 1 (7. Aufl. und fg.), Piniński der Thatbestand des Sachbesitzerwerbes S. 120 (mit besonderer Begründung). Gegen die Zurückführung des Unterschiedes zwischen Nießbraucher und Emphyteuta auf einen Gegensatz in ihrem Besitzverhältniß s. Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III S. 385—396, Vangerow I § 326 Anm. 2 Nr. 1, Göppert S. 277 fg. Der Emphyteuta wird anders behandelt als der Nießbraucher, weil sein Recht überhaupt ein viel weiter gehendes ist. Vgl. überhaupt Göppert S. 276—319. Recht der Zwischenzeit: l. 12 § 5 D. de usufr. 7. 1. Göppert S. 298 fg., Sohm Zeitschr. f. Handelsr. XVII S. 31 fg.

[6] Das gilt namentlich vom Pächter: wenn der Verpächter ihm verbietet, die Früchte sich anzueignen, verletzt er seine obligatorisch übernommene Pflicht, und haftet deßwegen auf Schadensersatz; aber Eigenthümer wird in diesem Fall der Pächter nicht. L. 6 D. de don. 39. 5, l. 16 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 62 [61] § 8 D. de furt. 47. 2. Anders bei dem zur Fruchtziehung dinglich Berechtigten; hier ist der Wille des Eigenthümers ganz gleichgültig. Es ist also sehr irrig, wenn neuere Schriftsteller auch dessen Fruchterwerb, oder doch den des Nießbrauchers, auf den Gesichtspunkt der Tradition zurückführen (vgl. z. B. Savigny Besitz S. 319 [281], Puchta § 150, Böcking II § 151 Note 7. 8; s. dagegen Arndts a. a. O. S. 388 fg., Bremer Zeitschr. für Civ. u. Pr. N. F. XX S. 62 [der aber auch den Fall des Pächters aus-

Eine besondere Betrachtung macht das Rechtsverhältniß nöthig, in welchem der redliche Besitzer einer Sache zu den Früchten derselben steht[7]. Der redliche Besitzer muß die noch vorhandenen Früchte, wie jeder andere Besitzer, herausgeben; dagegen ist er von der Pflicht zum Ersatz für die verzehrten Früchte[8] frei[9]. In Folge davon wird in den Quellen von ihm gesagt, daß die Früchte ihm gehören, daß sie sein seien[10], und es läßt sich nicht leugnen, daß diese Ausdrücke nicht lediglich von jener Freiheit von der Ersatzpflicht verstanden werden dürfen[11], daß vielmehr durch dieselben

schließen möchte]). Exner Tradition S. 17 fg., Göppert S. 263 fg., Köppen der Fruchterwerb des bonae fidei possessor S. 17 fg. — Zu l. 26 § 1 D. de furt. 47. 2 ist zu vergleichen § 12 [13] I. de obl. quae ex del. 4. 1 und hinter „decerptus esset" zu ergänzen „ab ipso".

[7] Vgl. über diesen vielbesprochenen Gegenstand: Backe bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos faciat (1825). Unterholzner Arch. f. civ. Pr. VIII S. 311 fg. (1825). Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII S. 211 fg. (1843). Heimbach die Lehre von der Frucht S. 211—269. 308—318 (1843). Windscheid das. N. F. IV S. 55 fg. (1847). Janke das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers S. 1—185 (1862); dazu Demelius krit. VJSchr. IV S. 292 fg. Göppert über die organischen Erzeugnisse (S. 320—370 (1869); dazu Hartmann krit. VJSchr. XI S. 520—524. Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 276—279 (1869). Köppen der Fruchterwerb des bonae fidei possessor (1872); dazu Brinz krit. VJSchr. XV S. 271 fg. Ihering Jahrb. f. Dogm. XII S. 314—333 (1873). Waldeck Arch. f. civ. Pr. LVII S. 307 fg. (1875). Kohler Annalen der Großh. Badischen Gerichte XXXXI S. 33 fg. (1875). O. Mayer Verhandl. des 16. deutsch. Juristent. I S. 219 fg. Außerdem Schmid I S. 105 fg., Vangerow I § 326 Anm. 2 Nr. 2, Brinz S. 197—199 (2. Aufl. I S. 548—553), Böcking II § 151. e—h, Wächter II S. 143 fg., Dernburg I S. 469 fg. Vgl. auch Pernice Labeo II S. 161 fg. Legislatorisch: v. Krämell Arch. f. civ. Pr. LVIII S. 261 fg.

[8] Früchte im technischen Sinne (Note 3). L. 28 § 1 D. de usur. 22. 1, l. 48 § 6 D. de furt. 47. 2.

[9] § 2 I. de off. iud. 4. 17, l. 4 § 2 D. fin. reg. 10. 1, l. 22 C. de R. V. 3. 32, l. 40 i. f. D. h. t. 41. 1, l. 4 § 19 D. de usurp. 41. 3. Ohne daß ihm entgegengesetzt werden könnte, daß er durch Verzehren der fremden Früchte eigenes Vermögen erspart habe. Die Quellen enthalten von dieser Beschränkung keine Spur. Insofern steht der redliche Fruchtbesitzer günstiger als der redliche Besitzer anderer Sachen. Vgl. II § 421 Note 13. § 422 Note 4.

[10] L. 13 i. f. D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 25 § 1 D. de usur. 22. 1, l. 28 pr. D. eod., l. 40. 48 D. h. t. 41. 1, l. 4 § 19 D. de usurp. 41. 3, l. 48 § 6 D. de furtis 47. 2, § 45 I. h. t. 2. 1.

[11] Dieß ist die Meinung von Savigny (Besitz S. 315 fg. [277 fg.]).

wenigstens stellenweise dem redlichen Besitzer geradezu Eigenthum zugeschrieben werden soll[12]. Man würde aber den Sinn der

In Betreff der nicht durch menschliche Thätigkeit entstandenen Früchte theilt sie Unterholzner a. a. O. Ueber Andere, welche Savigny gefolgt sind, s. Unterholzner a. a. O. S. 313 Note 5, und vgl. auch Göppert S. 320 Note 3. Neuestens Göppert selbst, welcher die Aussprüche der Quellen darauf bezieht, daß dem Besitzer actio Publiciana, Ersitzungs- und, wie Göppert glaubt (Note 16), Veräußerungsbefugniß zusteht.

[12] Vgl. namentlich § 35 I. h. t. 2. 1, l. 13 i. f. D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 25 § 1 l. 28 D. de usur. 22. 1, und vor Allem l. 1 § 2 D. de pign. 20. 1. — An und für sich zwar ist es nicht nöthig, jene Ausdrücke („pertinent fructus ad b. f. possessorem", „eius sunt", „suos facit") von einem Eigenthumsrecht des redlichen Besitzers zu verstehen; wie durch Stellen wie l. 181 D. de V. S. 50. 16, l. 75 D. de I. D. 23. 3, l. 2 § 1 l. 3 D. sol. matr. 24. 3, l. 21 pr. D. de pec. 15. 1, l. 6 § 6 D. quae in fraud. cred. 42. 8 u. a. m. bewiesen wird, können sie sehr wohl davon verstanden werden, daß die Früchte ihrem Vermögenswerthe (nicht ihrem Körper) nach sein seien. Vgl. Backe S. 16 Note 11, Windscheid S. 104, Göppert S. 329. Es kommt hinzu, daß es in l. 40 D. h. t. 41. 1 vom redlichen Besitzer heißt: „fructus *consumtos* suos facit" und in l. 4 § 19 D. de usurp. 41. 3: „eius fiunt *si consumti sunt*" (diese Worte emendiren in „si non summisit" Ihering und nach ihm Mommsen in seiner Pandektenausgabe [additamenta p. XXXVI], dawider Huschke Arch. f. civ. Pr. LXIII S. 444 fg.). Hier kann mit diesen Ausdrücken das Eigenthumsrecht nicht gemeint sein, da es ein Eigenthumsrecht an einer verzehrten, also vernichteten, Sache nicht gibt; hier muß ihr Sinn der sein, daß der redliche Besitzer den Vermögenswerth der Früchte behalten dürfe. Es ist auch richtig, daß der redliche Besitzer in unseren Quellen nie dominus der Früchte genannt wird, daß ihm nie dominium oder proprietas an den Früchten zugeschrieben wird. Aber wie wahr dieß alles auch sein mag, es gibt Stellen — es sind die oben genannten — in denen eine unbefangene Betrachtung sich nie wird entschließen können, etwas Anderes zu finden, als eine Anerkennung des Eigenthumsrechts des redlichen Besitzers. (A. M. Göppert S. 331 fg. 401 fg.) Diese Thatsachen lege ich mir zurecht durch die Annahme, daß die fraglichen Ausdrücke zwar ursprünglich das Eigenthumsrecht nicht haben bezeichnen wollen, sondern nur die angegebene unbestimmtere Vorstellung — die Früchte sind zum Verzehrtwerden bestimmt, wer sie verzehren, also ihrer Bestimmung gemäß über sie verfügen kann, zu dessen Vermögen gehören sie, als wenn er ihr Eigenthümer wäre — daß aber jene Ausdrücke später allerdings auch vom Eigenthumsrechte verstanden worden sind. Im Wesentlichen habe ich dieß bereits in der oben citirten Abhandlung ausgeführt, und auch jetzt noch sehe ich keine Nöthigung, meine Ansicht aufzugeben. Die herrschende Ansicht stellt umgekehrt den Satz an die Spitze, daß der redliche Besitzer Eigenthümer der Früchte werde, und fügt dann erst hinzu, daß er die vorhandenen dennoch herausgeben müsse. Diese herrschende Ansicht ist

Quellen mißverstehen, wenn man aus diesem Eigenthumsrechte Consequenzen herleiten wollte, welche sich aus der Verzehrungs-

neuestens auch wieder von Fitting, Köppen, Ihering, Brinz, Dernburg vertheidigt worden, während Göppert sich der hier vertretenen angeschlossen hat (im Einzelnen jedoch abweichend, s. in dieser Note vorher, Note 11 und Note 16), und Waldeck unterscheiden will zwischen dem mit Titel versehenen redlichen Besitzer, welcher Eigenthümer werden soll, und dem nicht mit Titel versehenen, welcher nicht einmal von der condictio sine causa frei werden soll. Gegen die herrschende Ansicht spricht, daß sie nicht zu erklären vermag, warum das römische Recht dem redlichen Besitzer Eigenthum gegeben habe, wenn es ihm bloß Consumtionsbefugniß zugestehen wollte, warum es ihn zum Eigenthümer gemacht habe, wenn es ihm Eigenthum nicht lassen wollte. Wenn von Seiten der herrschenden Ansicht lange Zeit nicht einmal ein Versuch gemacht worden ist, diese Frage zu beantworten, so wird die Berechtigung derselben jetzt ausdrücklich anerkannt, s. namentlich Köppen S. 14, vgl. auch Brinz 2. Aufl. I § 143 Note 20. Die Antwort nun, welche Köppen selbst gibt, lautet (S. 46. 47): die Consumtionsbefugniß sei kein selbständiges Recht; um dem redlichen Besitzer Consumtionsbefugniß geben zu können, habe man ihm Eigenthum geben müssen. Sollte das römische Recht wirklich so unbeholfen gewesen sein — in einer Rechtsmaterie, welche ihre Ausbildung offenbar nicht der Gesetzgebung und der formalistischen sich an sie anschließenden alten Jurisprudenz, sondern der Praxis des Lebens verdankt! Eine andere Meinung geht dahin, daß dem redlichen Besitzer Eigenthum gegeben worden sei mit Rücksicht auf den Fall der Veräußerung der Frucht, in seinem eigenen Interesse, damit er nicht in Folge der Vindication der Frucht bei dem dritten Erwerber zur Herausgabe bereits verzehrten Geldes genöthigt werden könne (Keller § 143, Hartmann S. 523, vgl. Pagenstecher II S. 101 a. E.), oder im Interesse des dritten Erwerbers selbst, „damit die Frucht aus der Hand des Producenten frei und sicher in den Verkehr trete" (so Ihering S. 320, und ebenso schon vor ihm Fitting S. 278, Hartmann S. 523). Allein was das Interesse des redlichen Besitzers angeht, s. Note 16; was das Interesse des Erwerbers: liegt ein Interesse des Erwerbers, auf das Behalten der erworbenen Sache rechnen zu dürfen, bloß bei Früchten vor? Ueber die Auffassungen Anderer s. den Bericht bei Windscheid a. a. O. S. 57—75 und außer den dort Genannten Sell dingliche Rechte S. 66, Dernburg Heid. krit. Zeitschr. I S. 145. 146. Pand. a. a. O., Scheurl Beitr. I S. 296, Brinz S. 199, Böcking II S. 136, Sintenis I S. 486 Anm. 29. — Janke in der oben citirten Schrift und Brinz 2. Aufl. I S. 533 fg. 548 fg. (vgl. 1. Aufl. S. 199) sehen die Erklärung für das Eigenthum des redlichen Besitzers an den Früchten darin, daß der redliche Besitz mehr als Recht an fremder Sache, daß er selbst eine Art von Eigenthumsrecht sei. Aber selbst wenn man dieser Auffassung beitreten wollte, würde man doch immer wieder vor der Frage stehen, warum denn der redliche Besitzer die in sein Eigenthum gelangten Früchte herausgeben müsse? Janke antwortet: er ist nur bonitarischer

befugniß nicht ergeben[13]. Daher darf namentlich dem redlichen Besitzer nicht die Möglichkeit versagt werden, sich durch Ersitzung auch das Behaltendürfen der Früchte zu sichern[14], wie anderer-

Eigenthümer, erwirbt also auch an den Früchten nur bonitarisches Eigenthum, und das bonitarische Eigenthum weicht hier, wie überhaupt (!), dem quiritarischen; nun ist zwar sonst aus dem Justinianischen Recht der Gegensatz zwischen quiritarischem und bonitarischem Eigenthum verschwunden; aber hier hat er sich „zufällig" erhalten. Das bedarf natürlich keiner Widerlegung. Ferner Brinz (vgl. oben § 166 Note 6): der redliche Besitzer hat ein Eigenthum nach Art des bonitarischen Eigenthums, ein Eigenthum „nach der Nutzungsseite", ein „Nutzeigenthum"; deßwegen erwirbt er an den Früchten „Volleigen". Aber andererseits steht ihm „ein Eigenthümer von ungebeugtem Vindicationsrecht, mithin ein in seinem Wesen unverkümmertes . . . Eigenthum" gegenüber; deßwegen muß er mit der Hauptsache die vorhandenen Früchte herausgeben. Ich meine: darin liegt eben, daß das römische Recht ihm den Nutzen der Sache nicht, oder doch nur beschränkt, hat zuschreiben wollen, und die Frage, warum es ihn zum Eigenthümer gemacht hat, bleibt ungelöst.

[13] Dieß ist die praktische Bedeutung der in der vorigen Note vertheidigten Meinung. Daß aber wirklich die römischen Juristen nicht gemeint sind, das dem redlichen Besitzer zugeschriebene Eigenthumsrecht irgendwie praktisch zu verwerthen, geht am besten aus der Unbefangenheit hervor, mit welcher sie aus demselben folgern, daß der redliche Besitzer die — verzehrten Früchte nicht herauszugeben brauchen, ohne daß es ihnen nur in den Sinn käme, wenigstens anzudeuten, daß daraus eigentlich ein weiter gehender Schluß gezogen werden müßte. Vgl. § 35 I. h. t. 2. 1, l. 1 § 2 D. pign. 20. 1, l. 40 § 1 D. de H. P. 5. 3. In der l. 1 § 2 cit. ist die Rede von der Verpfändung der künftigen Früchte eines Grundstücks; dasselbe kommt in die Hände eines redlichen Besitzers; der Jurist entscheidet, daß die von demselben gezogenen Früchte nicht mit verpfändet seien, „qui numquam debitoris fuerunt" — und doch lautet die Schlußentscheidung: „eos *consumtos* bona fide emtor utili Serviana restituere non cogetur".

[14] Die herrschende Meinung ist dawider, weil ersitzen nur der Nichteigenthümer könne. Nur Marezoll (a. a. O. 211 fg.) hat das Gegentheil auszuführen gesucht; s. auch Janke S. 83—106. Dawider Vangerow I § 326 Anm. 2 Nr. 2 c. L. 4 § 19 D. de usurp. 41. 3 leugnet nicht die Möglichkeit, sondern die Nothwendigkeit der Ersitzung. Dasselbe ist von l. 48 § 6 D. de furt. 47. 2 zu sagen, während § 5 eod. kaum anders, als von der Zulässigkeit der Ersitzung zu verstehen ist (vgl. übrigens Mommsen ad h. l.). Man behauptet, diese Stelle wolle nur sagen, die Thierjungen seien nicht furtiv, nicht, sie könnten ersessen werden; aber das ist erstens sprachlich unwahrscheinlich, und zweitens, welche andere Bedeutung hat denn hier die Nichtfurtivität, als eben die, daß ersessen werden kann? S. auch l. 4 § 5 D. de usurp. 41. 3, vgl. l. 2 D. pro suo 41. 10. — Ein anderer Fall der Ersitzung einer eigenen Sache in l. 12 § 8 D. de captiv. 49. 15. Vgl. über diese Stelle

seits ihm die Pflicht auferlegt werden muß, die Früchte auch dann herauszugeben, wenn der Eigenthümer der Hauptsache sie als solche, nicht als Zubehör der Hauptsache, einfordert[15]. Daher muß ferner dem Eigenthümer der Hauptsache die Befugniß zuerkannt werden, die Früchte auch von dem Dritten, an welchen der redliche Besitzer sie veräußert hat, abzufordern, eine Befugniß, welche nur dann wegfällt, wenn in Folge der Verurtheilung des Dritten der redliche Besitzer genöthigt werden würde, den für die Früchte erhaltenen Werth wieder herauszugeben, obgleich er ihn bereits verzehrt hat[16]. — Ein Unterschied zwischen den verschiedenen

---

Brinz Recht der b. f. possessio S. 95 fg., Hartmann Rechte an eigener Sache S. 65 fg.; übrigens auch Göppert S. 341 fg.

[15] Nach der herrschenden Meinung kann der redliche Besitzer auf Herausgabe der vorhandenen Früchte nur in dem Urtheil, welches ihm die Herausgabe der Hauptsache auferlegt, verurtheilt werden; er bleibt Eigenthümer der Früchte, muß sie aber dennoch als causa rei herausgeben. Nach einer anderen Meinung (Marezoll a. a. O. S. 229 fg., Sintenis I § 49 Note 31, dagegen Vangerow a. a. O. lit. b, dafür neuerdings Köppen S. 76 fg., Mayer a. a. O., Huschke Arch. f. civ. Pr. LXIII S. 445 fg.) verliert er das Eigenthum mit dem Aufhören seiner bona fides, und dieses Aufhören soll auch mit der Erhebung des Processes gegen ihn, auf die Hauptsache oder auf die Frucht allein, eintreten. Für den im Text aufgestellten Satz beweist l. 43 D. de evict. 21. 2 allerdings nicht (Vangerow a. a. O., Brinz S. 197 [2. Aufl. I S. 551], vgl. übrigens Göppert S. 353 Note 19), freilich auch nicht wie man behauptet hat, gegen denselben l. 22 § 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 4 C. de crim. exp. her. 9. 32, l. 3 C. de cond. ex lege 4. 9.

[16] So wird entschieden in Betreff des redlichen Besitzers einer Erbschaft, welcher ebenfalls für das Verzehrte nicht haftet. L. 25 § 17 D. de H. P. 5. 3. „Item si rem distraxit bonae fidei possessor, nec pretio factus sit locupletior, an singulas res, si nondum usucaptae sint, vindicare petitor ab emtore possit? . . . Et puto, posse res vindicari, nisi emtores regressum ad bonae fidei possessorem habent". „Nec pretio factus sit locupletior" heißt, er hat den Kaufpreis zwar erhalten, aber jetzt ist derselbe nicht mehr, weder unmittelbar noch mittelbar, in seinem Vermögen. Die Lesart „licet" statt „nisi", welche auch Francke in seinem Commentar zum Pandektentitel de Hereditatis Petitione S. 302 fg. vertheidigt, ist gegen die vereinigte Autorität der Florentinischen Handschrift und der Basiliken. (Die Stelle spricht zwar nur von der exceptio quod praeiudicium non fiat, aber mit dieser Einrede macht der Käufer eben geltend, daß nicht der Erbschaftsbesitzer durch das jetzt zu fällende Urtheil indirect zu einer Leistung genöthigt werden dürfe, zu welcher er in der hereditatis petitio nicht verurtheilt werden könne. In l. 16 § 7 eod. ist der Erbe nicht nicht „locupletior factus";

Arten der Früchte darf nicht gemacht werden[17]. — Die begünstigte Stellung des redlichen Besitzers dauert nur so lange als seine Redlichkeit[18].

---

l. 13 § 4. 9 eod. constatiren nur die Möglichkeit der hereditatis petitio, ohne unsere Frage zu berühren; die Berufung auf l. 13 § 5 eod. fällt weg nach S. 157 unt. Vgl. auch III § 612 Note 15.) Andere Fälle von Einreden ex iure tertii: II § 350 Note 19, II § 412 Note 11, II § 477 Note 9. 17, II § 487 Note 5, s. auch l. 3 pr. D. de exc. r. v. e. tr. 21. 3. Gegen Francke ist gerichtet die Abhandlung von Joseph Jahrb. f. Dogm. XVI S. 209 fg. Andere Dissentienten und überhaupt weitere Literatur s. III § 612 Note 15. — Die herrschende Meinung — und in dieser Beziehung schließt sich ihr auch Göppert S. 361 fg. an — läßt den redlichen Besitzer das für die veräußerte Frucht Erhaltene unbedingt behalten, indem sie in dem Veräußern an sich bereits ein consumere sieht. Das ist aber nicht richtig. Consumere rem heißt allerdings nicht bloß: eine Sache als Körper vernichten, sondern auch: sie als Bestandtheil des Vermögens (des Consumirenden) vernichten (daher geradezu consumere bona, l. 16 D. de B. P. c. t. 37. 4, l. 41 § 1 D. de lib. causa 40. 12); aber offenbar ist in einer Veräußerung, bei welcher für das Veräußerte etwas erworben wird, eine solche Vernichtung nicht enthalten. Allerdings gilt das Geld als consumirt (nummi consumti), sobald es nur ausgegeben ist; aber hier macht sich die Betrachtung geltend, daß einerseits das Ausgeben der bestimmungsmäßige Gebrauch des Geldes ist — es wird durch den Gebrauch aufgebraucht — und andererseits in dem Ausgeben des Geldes allerdings eine Art körperlicher Vernichtung liegt, insofern nämlich die ausgegebenen Geldstücke nicht mehr wiederaufgefunden werden können (vgl. § 2 I. de usuf. 2. 4: „ipso usu . . quodammodo exstinguitur"). Und selbst hier findet sich ein anderer Sprachgebrauch, nach welchem eine Consumtion des Geldes nur dann angenommen wird, wenn statt desselben auch nichts Anderes im Vermögen ist. Vgl. l. 24 § 4 D. de min. 4. 4, l. 23 pr. l. 25 § 1 D. de H. P. 5. 3, l. 8 D. pro emt. 41. 4. In l. 6 § 3 C. de sec. nupt. 5. 9 werden die „res consumtae" den „res alienatae" geradezu entgegengesetzt. Hiernach wird es nicht als genügende Stütze für die herrschende Meinung angesehen werden können, wenn es in l. 3 D. de act. rer. am. 25. 2 heißt: „res quas mulier comederit, vendiderit, donaverit, qualibet ratione consumserit". In l. 65 § 6 D. de cond. ind. 12. 6 braucht das „consumere" nicht von Veräußerungen verstanden zu werden. Vgl. Janke S. 109—118.

[17] Unterholzner a. a. O. spricht dem redlichen Besitzer die von selbst entstandenen Früchte zu redlichem Besitz, die durch seine Thätigkeit erzeugten zu Eigenthum, und zwar zu unwiderruflichem Eigenthum, zu. Gegen diese Unterscheidung l. 48 pr. D. h. t. 41. 1, wenigstens scheinbar dafür l. 45 D. de usur. 22. 1. Ueber die verschiedenen Erklärungen dieser Stelle s. Vangerow a. a. O. lit. d und die dort gegebenen Citate, Böcking II § 151 Note 32, Brinz 2. Aufl. I S. 552. — Janke (S. 42 fg. 149 fg.) will

Eigenthumserwerb an Arbeitsproducten*.

§ 187.

Menschliche Thätigkeit vermag nicht neuen Stoff zu produciren, aber sie vermag vorhandenen Stoff in der Weise umzugestalten, daß er als neue Sache erscheint[1]. Das Eigenthum einer neuen Sache dieser Art fällt an den Verfertiger[1a], wenn die Sache nicht mehr in die frühere Gestalt zurückgebracht werden kann, sonst an den Eigenthümer des Stoffes[2]; jedoch hat der

zwischen Thierjungen und anderen Früchten unterscheiden; an den letzteren soll der redliche Besitzer nur bonitarisches, an den ersteren volles Eigenthum erwerben. Sein Grund ist l. 28 pr. D. de usur. 22. 1, in welcher die Worte „pleno iure" und „bonae fidei possessoris" Zusatz der Compilatoren seien (§ 37 I. de R. D. 2. 1). — Es ist hier nur von natürlichen Früchten die Rede. Was juristische Früchte angeht s. Windscheid S. 132 fg. Göppert S. 354 fg., Köppen S. 92 fg.

[1a] In Betreff der Frage, ob später eintretendes unredliches Bewußtsein dem Fruchterwerb hinderlich sei, oder nicht, widersprechen sich l. 25 § 2 D. de usur. 22. 1, l. 48 § 1 D. h. t. 41. 1. Auf die Bejahung der Frage führt das Princip der Lehre, wie es im Vorstehenden entwickelt ist, und die strengen Ansichten des canonischen Rechts über die Bedeutung der „conscientia rei alienae". Vgl. Scheurl Beiträge I S. 298, Göppert S. 367 fg., Köppen S. 83 fg. Eine Vereinigung jener Stellen suchen Schmid I S. 107, Brinz Recht der b. f. possessio S. 102 fg., Exner Grünhut's Zeitschr. III S. 712 fg.

* Meykow die Lehre des römischen Rechts von dem Eigenthumserwerb durch Specification, in Osenbrüggen's Dorpater juristischen Studien S. 149 fg. Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 1 fg. 149 fg. 311 fg. (1865). F. P. Bremer krit. VJSchr. X S. 1 fg. (1868). Sulzer der Eigenthumserwerb durch Specification (1884). Darüber Schneider krit. VJSchr. XXVI S. 309 fg. Gesterding S. 255—275, Schmidt I § 11, Pagenstecher II S. 113—122. Böcking II § 154, Sintenis I S. 490—491, Vangerow I § 310, Brinz 2. Aufl. I § 149, Dernburg I § 204.

[1] Man spricht in diesem Fall gewöhnlich von Eigenthumserwerb durch „Specification" (nach dem quellenmäßigen: ex aliena materia speciem aliquam facere). § 187.

[1a] Bez. an denjenigen, für welchen der Verfertiger sie verfertigt hat.

[2] Dieses ist die von Justinian gebilligte mittlere Meinung, welcher zwei andere (die der Proculianer und der Sabinianer) entgegenstanden, wonach ausschließlich auf die Verfertigung oder ausschließlich auf das Eigenthum am Stoffe gesehen werden sollte. Gai. II. 79, § 25 I. h. t. 2. 1, l. 7 § 7 l. 12 § 1 l. 24 l. 26 pr. l. 27 § 1 D. h. t. 41. 1, l. 5 § 1 D. de R. V. 6. 1, vgl. l. 78 § 4 D. de leg. III° 32. — Ist der Grund des dem Verfertiger

Eigenthumserwerb des Verfertigers die weitere Voraussetzung, daß derselbe sich in gutem Glauben befunden habe[3]. Verfertigt Jemand

zufallenden Eigenthums seine Arbeit, oder erwirbt er das Eigenthum nach dem Gesichtspunkt der Bemächtigung? Für das Letztere die ältere und noch immer vorherrschende Ansicht, neuerdings Bangerow a. a. O. in der 7. Aufl., Bechmann Arch. f. civ. Pr. XLVII S. 25 fg.; für das Erstere namentlich Scheurl Beiträge I S. 283 fg., Leist civil. Studien III S. 119 fg. 162 fg., Bremer S. 59 fg. 64, Sulzer S. 122 fg., Kohler Jahrb. f. Dogm. XVIII S. 231 fg., und was das Justinianische Recht angeht, Fitting a. a. O., während dieser Schriftsteller in der älteren römischen Jurisprudenz auch das Occupationsprincip vertreten findet. In der That wird einerseits das Letztere gegenüber l. 7 § 7 D. h. t. 41. 1 („quia quod factum est antea nullius fuerat") schwer zu bestreiten sein, andererseits verträgt sich der Standpunkt der Occupation, wenn man auch von der in ihrem Sinne streitigen Schlußbestimmung des § 25 I. h. t. 2. 1 (Note 4) absehen will, jedenfalls nicht mit dem in der Compilation anerkannten Satz, daß der Verfertiger nur dann Eigenthümer wird, wenn er sich in gutem Glauben befindet (s. die folgende Note). — Man denke übrigens nicht bloß an den Fall, wo Jemand aus fremdem, sondern auch an den, wo er aus eigenem Stoffe eine neue auf ihre frühere Gestalt nicht rückführbare Sache verfertigt. Er hat in diesem letzteren Fall den Vortheil des besseren Beweises, sowie Freiheit von allen Beschränkungen des früheren Eigenthums. Fitting S. 149 fg. 328. 333 Anm. 16, Bremer S. 37. A. M. Sulzer S. 51 fg. — Auch das Eigenthum an der rückführbaren neuen Sache ist ein neu begründetes, nicht die Fortsetzung des Eigenthums am Stoffe; denn der Begriff der neuen Sache (Note 5) ist von dem Momente der Nichtrückführbarkeit unabhängig. Fitting S. 11. 154 fg. 328, Bremer S. 37. A. M. Sulzer § 1 Note 14 auf Grund des Ausdrucks „manere" in l. 24 D. de A. R. D. 41. 1; aber vgl. den Wechsel der Ausdrücke in den Stellen § 188 Note 11. 13. Fitting S. 158 fg. glaubt, daß wenigstens in der älteren römischen Jurisprudenz die Ansicht vertreten gewesen sei, daß das Eigenthum an der verarbeiteten Sache mit dem Eigenthum am Stoffe identisch sei; aber ich halte die Stelle, auf welche er das Hauptgewicht legt, l. 44 § 2 D. de leg. I°, nicht für beweiskräftig; die Willensinterpretation, welche diese Stelle enthält, macht jene Annahme nicht nöthig. Vgl. in dieser Beziehung auch Sulzer a. a. O. Ist aber auch das Eigenthum an der rückführbaren Sache ein neu vergebenes, so ist es doch nur vergeben auf Grund des Eigenthums am Stoffe, und daher müssen die Beschränkungen dieses letzteren Eigenthums sich in dem Eigenthum an der neuen Sache wiederholen. Auch in dieser Beziehung ist Fitting anderer Meinung, s. S. 328 fg. und namentlich S. 331; aber ich glaube nicht, daß der zuvor bezeichnete Schluß abzuweisen ist. In l. 18 § 3 D. de pign. act. 13. 7 wird das Gegentheil nicht entschieden, sondern bloß vorausgesetzt (bloß vorausgesetzt nach doppelter Richtung: einmal weil die Stelle zunächst nur eine Willensinterpretation enthält, sodann weil der Fall, welchen sie behandelt,

aus theilweise eigenem, theilweise fremdem Stoff eine neue Sache, so wird er selbst dann Eigenthümer derselben, wenn sie in ihre frühere Gestalt zurückgebracht werden kann[4]. Die Frage, was

ein Fall der Nichtrückführbarkeit ist), und für den Zusammenhang des Justinianischen Rechts fällt auch diese Voraussetzung weg. — Zum Theil eigenthümliche Ansichten bei Schulin über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio (Marburg 1873) S. 99 fg.

[3] Das wird bewiesen weniger durch l. 12 § 3 D. ad exh. 10. 4, welche kein unzweifelhaftes Resultat gibt, als vielmehr durch l. 13 l. 14 § 3 D. de cond. furt. 13. 1, l. 4 § 20 D. de usurp. 41. 3, l. 52 § 14 D. de furt. 47. 2, nach welchen Stellen das aus entwendetem Material Verfertigte (und entwendet ist jedes unredlicher Weise verarbeitete Material) selbst entwendet ist; an Entwendetem aber kann der Entwender kein Eigenthum erwerben. Und in den genannten Stellen wird dem Eigenthümer des Stoffes die condictio furtiva gegeben, die doch „soli domino competit" (l. 1 D. de cond. furt. 13. 1). Durch den Einwand, die condictio furtiva werde in diesen Stellen gegeben wegen l. 10 § 2 D. de cond. furt. 13. 1 („tamdiu . . . condictioni locus erit, donec *domini facto* dominium eius rei ab eo recedat"), wird dieses Argument offenbar nicht berührt; es handelt sich ja nicht von der Condiction auf die verarbeitete Sache, sondern von der Condiction auf die neu geschaffene. Der hier vertheidigten Ansicht sind Fitting S. 335 fg., Bremer S. 62, außerdem Unterholzner Verjährungslehre I S. 229 Note 245, W. Sell Versuche I S. 194 fg., Scheurl Beiträge I S. 285. 286, Dernburg Heid. krit. Zeitschrift I S. 147 und Pand. a. a. O., Arndts § 155 Anm. 3, K. Sell dingliche Rechte S. 101—106, Böcking I S. 166. 167 (die beiden Letzteren unter Hervorhebung, daß nicht in allen Fällen Unredlichkeit vorliege, wo der Verarbeiter das fremde Eigenthum kannte), Schulin a a. O. S. 109 fg. Sulzer S. 41 fg.; dawider mit vielen Neueren Puchta § 154 h, Vangerow a. a. O. Nr. 2, Schmid I S. 172—177, Sintenis I § 50 Anm. 14, Pagenstecher II S. 117—119, Brinz 2. Aufl. I S. 576 fg., Lang Handb. des im KR. Württemberg geltenden Sachenrechts S. 192, Pernice Labeo II S. 149 fg., Wächter II S. 139 Note 10, Bekker Recht des Besitzes S. 28 Note 1. Der Hauptgrund der hier verworfenen Meinung liegt darin, daß das Eigenthum des Verfertigers auf den Gesichtspunkt der Bemächtigung zurückgeführt wird. Die hier vertheidigte Meinung ist auch anerkannt in dem Urtheil bei Seuff. Arch. XV. 99, dawider XXXIV. 275. Sulzer S. 47 fg. verlangt außer dem guten Glauben auch Titel, ohne genügenden Beweis.

[4] Es ist dieß eine sehr bestrittene Frage; die jetzt herrschende Ansicht ist eher gegen den im Text aufgestellten Satz. S. die Citate bei Fitting S. 318 (welcher selbst dafür ist) und Vangerow a. a. O. Nr. 1 (welcher dagegen ist). Die entgegengesetzte Meinung ist auch in der 1. Auflage dieses Lehrbuchs vertheidigt worden. Aber bei unbefangener Betrachtung läßt sich doch in der That aus § 25 i. f. I. h. t. 2. 1 nichts Anderes herauslesen, als das im Text Gesagte, und worauf Fitting hingewiesen hat, bei Theo-

dazu gehört, damit man sagen könne, es sei eine neue Sache geschaffen, ist keine juristische Frage, sie kann nur nach der Verkehrsauffassung beantwortet werden[4a]. Nur so viel läßt sich sagen, daß nicht jede Veränderung einer vorhandenen Sache, auch wenn sie nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, Hervorbringung einer neuen Sache ist[5].

Wer durch Verarbeitung einer fremden Sache Eigenthum erworben hat, hat deßwegen nicht ohne Weiteres auch den Vermögenswerth derselben erworben; er haftet vielmehr dem früheren Eigenthümer obligatorisch nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung[6].

H. Eigenthumserwerb durch Verbindung*[1].

§ 188.

Es kann verbunden werden Bewegliches mit Unbeweglichem oder Bewegliches mit Beweglichem[2].

---

philus ist die Fassung noch weit schärfer und zweifelausschließender. S. auch die Aufzählung der natürlichen Erwerbarten bei Theophilus II. 2 in pr. und II. 9 § 6 unter Nr. 8 und 9 (Fitting Arch. f. civ. Pr. LIX S. 427 fg.). Daß l. 5 § 1 D. de R. V. 6. 1 keinen Gegengrund enthält, und noch weniger l. 12 § 1 D. h. t. 41. 1, darüber s. Fitting S. 321. Ich sehe den Hauptgrund (oder die Hauptveranlassung) der herrschenden Ansicht darin, daß man meint, nur bei Nichtrückführbarkeit des Erarbeiteten liege eine neue Sache und ein erst zu vergebendes Eigenthumsrecht vor, was gewiß nicht richtig ist (Note 2). Für die hier vertheidigte Ansicht auch Regelsberger Arch. f. prakt. RW. N. F. IX S. 300 fg., Brinz 2. Aufl. I S. 575 fg. Gegen dieselben Sulzer S. 71 fg. — Redlichkeit des Bewußtseins wird auch beim Verfertiger vorausgesetzt, sonst tritt Miteigenthum ein. Fitting S. 343 Note 128, Arndts § 155 Anm. 3 (in den späteren Auflagen).

[4a] Vgl. Bechmann Arch. f. civ. Pr. XLVII S. 3 fg., Fitting S. 3 fg., Bremer S. 10 fg. 15 fg. 30 fg. 40 fg., Sulzer S. 54 fg. 160.

[5] So nicht das Ausdreschen (l. 7 § 7 D. h. t. 41. 1, nach welcher Stelle sich die beiläufige Aeußerung in § 25 I. h. t. 2. 1 berichtigt). Ebensowenig das Färben (l. 26 § 3 D. h. t. 41. 1) oder Beschreiben (§ 33 I h. t. 2. 1, l. 9 § 1 D. h. t. 41. 1). (Ueber das Malen s. § 189 Note 6)

[6] Seine Bereicherung ist formal gerechtfertigt, nicht aber materiell. S. l. 30 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 und vgl. dazu l. 55 eod. und § 174 Note 9, § 190 Note 4. Von den speciellen Gründen, auf welchen ein Anspruch auf Herausgabe des Werthes der verarbeiteten Sache, oder auch auf das Interesse des früheren Eigenthümers, beruhen kann, wie z. B. Entwendung, Vertrag ꝛc. ꝛc., ist hier natürlich nicht zu reden. Vgl. II § 422 Note 2

1. Verbindung von Beweglichem mit Unbeweglichem.

a. Mit einem Grundstück wird anderes Erdreich verbunden: durch Anschwemmung[3], oder durch Antreibung[4], oder in anderer Weise[5]. Der Eigenthümer des Grundstücks erwirbt das Eigenthum des zu seinem Grundstück hinzugefügten Erdreichs, sobald dasselbe mit seinem Grundstück zusammengewachsen ist[6].

(§ 424). Fitting S. 345 fg., Sulzer S. 168 fg. Seuff. Arch. XXXIV. 275.

* Wächter im Rechtslexicon I S. 11 fg. u. d. W. Accession (1838). Bechmann zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession und von den Sachgesammtheiten (1867). F. P. Bremer krit. VJSchr. X S. 1 fg. (1868). Göppert über die organischen Erzeugnisse S. 87 fg. (1869). Ders. über einheitliche, zusammengesetzte und Gesammtsachen S. 75 fg. (1871). Gesterding S. 190—225, Schmid I § 10, Pagenstecher II S. 128—156. Böcking II § 152, Sintenis I S. 491—497, Dernburg I § 207—210.

[1] Gewöhnlich spricht man von Eigenthumserwerb durch Accession. Es § 188.
wird aber zum Erwerb durch Accession wohl auch der Erwerb des Schatzes und der Früchte, ja selbst der Erwerb durch Specification gerechnet. Vgl. Bechmann S. 1 fg., Dernburg § 201 Anm. 3.

[2] Diese Fälle werden aber nur der Uebersicht wegen unterschieden, nicht als ob das Princip der Entscheidung bei ihnen ein verschiedenes wäre. Ebenso verhält es sich mit den im Folgenden gemachten ferneren Unterscheidungen — Von Anderen wird ein dritter Fall hinzugefügt: Verbindung von Unbeweglichem mit Unbeweglichem, wohin im Besonderen die in § 185 genannten Fälle der im Fluß entstandenen Insel, des verlassenen Flußbettes und der Anschwemmung, und außerdem der sogleich zu nennende Fall der Antreibung gerechnet werden. Aber im Falle der Anschwemmung und der Antreibung ist das Verbundene nicht unbeweglich, wenngleich es ein Grundstück bilden hilft; im Fall der im Fluß entstandenen Insel liegt nur sehr uneigentlich eine Verbindung vor, und jedenfalls ist in diesem Fall, wie im Fall des verlassenen Flußbettes, die Verbindung nicht der Grund des Eigenthumserwerbes. Daraus erklärt sich auch l. 9 § 4 D. de usufr. 7. 1, während l. 16 D. de leg. III°, wenn die Worte „vel etiam insulae natae" echt sind, eine liberale Vermächtnißinterpretation zur Geltung bringt. Vgl. Bechmann S. 13 fg.

[3] Dieser Fall ist unter einem andern Gesichtspunkt bereits in § 185 betrachtet worden.

[4] Der Fall der s. g. avulsio: es wird durch die Gewalt des Flusses ein Stück von einem Grundstück abgerissen, und an ein anderes Grundstück angetrieben.

[5] L. 9 § 2 D. de damno inf. 39. 2: — „si ex fundo tuo crusta lapsa sit in meum fundum". Seuff. Arch. XXXV. 96, XXXVI. 261.

[6] L. 9 § 2 cit.: — „item demum . . crustam vindicari posse (von dem früheren Eigenthümer), si non coaluerit nec unitatem cum terra mea

b. Verbindung durch Einpflanzen oder Einsäen. Das Eingepflanzte oder Eingesäete gehört, sobald es Wurzeln geschlagen hat, dem Eigenthümer des Grundstücks; es fällt auch, wenn es ausgerissen wird, nicht an den früheren Eigenthümer zurück[7].

c. Verbindung durch Einbauen[8], also Herstellung eines Bauwerks, namentlich eines Gebäudes[9]. Das zum Bauwerk unter sich und mit dem Grundstück Zusammengefügte bildet mit dem Grundstück ein Ganzes, und dieses Ganze steht im Eigenthum des Eigenthümers des Grundstücks[10]. Dadurch ist aber dasjenige

---

fecerit". L. 7 § 2 D. h. t, § 21 I. h. t. 2. 1. In diesen letzteren Stellen wird für den Fall der avulsio als Kennzeichen der Zusammenwachsung angegeben: „si arbores, quas secum traxerit (das angetriebene Stück), in meum fundum radices egerint". Bechmann S. 27 hält dieß radices agere für wesentlich, und glaubt, daß das Erdreich nur um der Bäume und Pflanzen willen erworben werde, für sich allein gar nicht erworben werden könne. Es ist auch die Ansicht aufgestellt worden,, das römische Recht lasse nur das Eigenthum der Bäume, nicht das Eigenthum des angeschwemmten Stückes übergehen. Landucci Arch. giurid. XXXI p. 157 sq. 498 sq. Dagegen Pampaloni das. XXXI p. 424 n. 95. XXXII p. 167 sq. Rivista critica II p. 44. Vgl. Schneider krit. VJSchr. XXVII S. 80 fg. Neuestens Pampaloni sopra l'isola formata per avulsione nei fiumi in diritto romano e odierno. Prato 1885.

[7] § 31. 32 I. h. t. 2. 1, l. 7 § 13 l. 9 pr. l. 26 § 1 D. h. t. 41. 1, l. 25 D. de usur. 22. 1, l. 9 § 2 D. de damno inf. 39. 2, l. 11 C. de R. V. 3. 32. Es gehört, so lange die Verbindung dauert, dem Eigenthümer des Grundes und Bodens deßwegen, weil es Theil des Grundes und Bodens ist (§ 144 Note 7); es gehört auch nach Auflösung der Verbindung dem Eigenthümer des Grundes und Bodens, weil es jetzt nicht mehr dieselbe Sache ist, die es früher war (l. 26 § 1 cit.: „nam credibile est alio terrae alimento aliam factam"). — Ein Baum, welcher in zwei Grundstücken wurzelt, gehört dem einen und dem andern Grundeigenthümer (§ 31 I. de R. D. 2. 1, l, 7 § 13 l. 8 D. h. t. 41. 1, l. 19 pr. D. comm. div. 10. 3, l. 83 D. pro. soc. 17. 2). Die entgegengesetzte, aber inconsequente Ansicht, daß er demjenigen gehöre, aus dessen Grundstück sein Stamm hervorwächst, ist vertreten in l. 6 § 2 D. arb. furt. caes. 47. 7. Vgl. übrigens Vangerow I § 329 Anm. 2, Göppert die organischen Erzeugnisse S. 152 fg., Wächter II S. 128.

[8] Vgl. Zaun Arch. f. civ. Pr. XLIII S. 211 fg. 300 fg. (1860).

[9] S. aber auch z. B. l. 2 C. de serv. 3. 34.

[10] L. 7 § 10. 12 D. h. t. 41. 1. „Cum in suo solo aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intellegitur aedificii, quia omne quod inaedificatur, solo cedit . . . Ex diverso, si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium, cuius et solum est . .". L. 2 D.

Eigenthumsrecht, welchem das Eingefügte als besondere Sache unterliegt, nicht aufgehoben[11], sondern kann nur während der Dauer der Verbindung nicht geltend gemacht werden[12]; sobald die Verbindung wieder gelöst wird, erlangt es seine frühere Kraft zurück[13]. Verlangt werden kann die Lösung der Verbindung nicht[14];

---

de superf. 43. 18. „Superficiarias aedes eas appellamus, quae in conducto solo positae sunt, quarum proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius et solum". L. 2 C. de R. V. 3. 32: — „id quod in solo tuo aedificatum est, quoad in eadem causa manet, iure ad te pertinet". S. noch l. 50 D. ad leg. Aquil. 9. 2, l. 98 § 8 D. de solut. 46. 3, l. 39 pr. l. 59 D. de R. V. 6. 1, l. 14 D. de donat. 39. 5. Seuff. Arch. XVIII. 242, XXX. 113, XXXIV. 10. 277. Bechmann S. 57 fg. ist der Meinung, dieser Satz beruhe auf positiver Anordnung, nicht auf juristischer Nothwendigkeit, ebenso Degenkolb Platzrecht und Miethe S. 119 fg.; s. dagegen Wächter Superficiar- und Platzrecht S. 10 fg. Particularrechtliche Abweichungen: Stobbe II § 79. Seuff. Arch. XXXVI. 106.

[11] L. 7 § 10 D. cit.: — „nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuit, desinit eius dominus esse". L. 7 § 2 D. de exc. rei iud. 44. 2: — „cuius insula est, non utique et cementa sunt".

[12] L. 7 § 10 cit.: — „sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea agere". L. 23 § 6 D. de R. V. 6. 1. Vgl. § 65

[13] L. 7 § 10 cit.: — „ergo si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus nunc eam vindicare". L. 23 § 7 D. de R. V. 6. 1: — „cementa resoluta prior dominus vindicabit". L. 2 C. cit. — „si vero fuerit dissolutum, materia eius ad pristinum dominum redit". Die Ausdrücke prior, pristinus dominus halten sich an die Erscheinung; das Wesen der Sache geben sie nicht wieder. S. auch § 189 Note 4. — Die Auffassungen der Schriftsteller sind übrigens verschieden. Die gewöhnliche Auffassung ist wohl die, daß ein interimistischer, widerruflicher Eigenthumserwerb und Eigenthumsverlust an dem Eingefügten stattfinde, so namentlich Wächter S. 20. 26, und neuestens Demelius die Exhibitionspflicht (Gratz 1872) S. 100 fg., Brinz 2. Aufl. I S. 555 fg. Aber woher das Eigenthum des früheren Eigenthümers nach der Trennung, wenn er in der That aufgehört hat, Eigenthümer zu sein? Veränderung des räumlichen Verhältnisses einer Sache ist doch kein Eigenthumserwerbgrund. Nur die Kategorie des ruhenden Rechts (§ 65 Note 1) leistet den erforderlichen Dienst. Wie hier, Baron Gesammtrechtsverhältnisse 39 fg., Zrodlowski röm. Privatr. II S. 96 fg., und, jedoch nur für unwesentliche Bestandtheile, Girtanner Jahrb. f. Dogm. III S. 163 fg. 275 fg. Vgl. auch v. Schey Grünhut's Zeitschr. VIII S. 122 fg. Nach Bechmann S. 40 fg. soll der Eigenthümer des Grundstücks nicht Eigenthümer des Gebäudes werden, sondern es nur vindiciren können; das Gebäude, meint Bechmann, sei überhaupt nicht Sache, sondern ein

dafür hat der Eigenthümer des eingefügten Materials einen Anspruch auf den doppelten Werth desselben[15], welcher Anspruch jedoch wegfällt, wenn die Einfügung mit seinem Willen geschehen ist[16]. Durch die Leistung des Doppelten erwirbt der Besitzer das

---

auf sachlicher Grundlage beruhender Vermögenswerth, und nichts Körperliches, sondern (als Verbindung) etwas Unkörperliches. „Diese Behauptungen werden schwerlich Beistimmung finden", Wächter Superficiar- oder Platzrecht S. 10. S. auch Bremer S. 50 fg. 54 fg. Burckhard Thür. Bl. f. RPflege XV S. 114. 116.

[11] Gegen die Regel (§ 189 Note 4a), nach einer ausdrücklichen Bestimmung der 12 Tafeln (Festum s. v. tignum), über deren Restitution zu vergleichen ist Huschke ad leg. XII tabb. de tigno iuncto commentatio p. 1—4. 19—29 (1837). Die 12 Tafeln sprachen von „tignum iunctum"; über die Bedeutung von tignum s. l. 1 § 1 D. de tigno iuncto 47. 3, l. 62 D. de V. S. 50. 16, l. 7 pr. D. ad exh. 10. 4. Schuhmacher in der § 156 Note 6 Ziff. 4 citirten Diss. S. 23 fg.

[15] § 29 I. h. t. 2. 1, l. 7 § 10 D. h. t. 41. 1, l. 23 § 6 D. de R. V. 6. 1, l. 6 D. ad exh. 10. 4, l. 98 § ult. D. de sol. 46. 3.

[16] L. 63 D. de don. i. v. e. u. 24. 1: „ . . quamvis decemviros non sit credibile de his sensisse, quorum voluntate res eorum in alienum aedificium coniunctae essent". — Nach einer andern Meinung (Vangerow I § 300 Anm.) soll dieser Anspruch nur dann begründet sein, wenn das Eingefügte entwendet ist (wozu außer der Nichtberechtigung auch unredliches Bewußtsein des Besitzers gehört). Für diese Meinung darf nicht angeführt werden l. 1. 2 D. de tigno iuncto 47. 3; diese Stellen sagen freilich, daß die actio de tigno iuncto bei tignum furtivum stattfinde, aber sie sagen keineswegs, daß sie nur bei tignum furtivum stattfinde. Oder will man auf Grund dieser Stellen behaupten, daß auch der Ausschluß des Loslösungsanspruchs Furtivität des Materials voraussetzt? (l. 1 cit.: „lex XII tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare"). So spricht für die bezeichnete Meinung nichts, als daß in l. 63 cit. Paulus den in den oben abgedruckten Worten enthaltenen Grund des Neratius so wiedergibt: „neque enim furtivum est, quod sciente domino inclusum est", und das ist m. E. nicht im Entferntesten ein genügendes Gegengewicht gegen die Unbedingtheit, in welcher die in Note 10 genannten Quellenstellen den Anspruch auf das Doppelte anerkennen. — Noch weiter geht Huschke a. a. O. (und nach ihm Sintenis I § 50 Note 52). Derselbe nimmt für das classische Recht einen Widerspruch zwischen den römischen Juristen an, betrachtet aber als die in der Compilation gebilligte Meinung, daß nur gegen den fur selbst der Anspruch auf das Doppelte zulässig sei. Dagegen Puchta Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XI S. 338 fg. (1838), Jhering Schuldmoment S. 12. Vgl. noch Wächter a. a. O. S. 27, Schmid I § 10 Note 56, Pernice Labeo II S. 149.

Eigenthum des Materials[17], nur nicht derjenige, welcher unredlicher Weise eingefügt hat[18].

Hierzu ist folgendes Nähere zu bemerken.

1. Die Verbindung muß eine feste und dauernde sein; sonst wird an dem bestehenden Rechtsverhältniß nichts geändert[19].

2. Auch dann wird an dem bestehenden Rechtsverhältniß nichts geändert, wenn das in ein Gebäude Eingefügte nur äußerliche Zuthat ist, nicht zur Herstellung des Gebäudes als solchen und zur Vollendung desselben dient[20].

3. Umgekehrt tritt wirklicher Eigenthumsverlust ein, wenn die Verbindung von dem Eigenthümer selbst, in der Absicht auf sein Eigenthumsrecht zu verzichten, vorgenommen worden ist[21].

4. Auch Herausgabe von eingefügten Rebpfählen kann der Eigenthümer nicht verlangen, und wird dafür, wie bei eingefügtem Baumaterial, durch Ersatz des doppelten Werths entschädigt[22].

---

[17] § 29 I. h. t. 2. 1.

[18] L. 2 D. de tigno iuncto 47. 3. Vgl. Wächter a. a. O. S. 28.

[19] So z. B. wenn auf einem Grundstück ein „horreum frumentarium novum ex tabulis ligneis factum mobile" (l. 60 D. h. t. 41. 1) errichtet wird.

[20] Wenn es nicht zum „Inbegriff" des Gebäudes gehört. Vgl. § 143 und speciell Note 6. 7 das. L. 17 pr. D. de A. E. V. 19. 1, l. 245 pr. D. de V. S. 50. 16. Bl. f. RAnwend. zunächst in Bayern XXXVII S. 335 fg. Entscheid. d. RG. IX S. 169 fg. (Einfügen einer Maschine).

[21] L. 2 C. de R. V. 3. 32, l. 39 pr. D. eod. 6. 1, vgl. 14 D. de don. 39. 5. Nach § 30 I. h. t. 2. 1 und l. 7 § 12 D. h. t. 41. 1 soll auch dann wirklicher Eigenthumsverlust eintreten, wenn der Einfügende unredlicher Besitzer des Grundstücks war. Das Gegentheil sagt l. 2 C. cit. (nicht auch l. 59 D. de R. V. 6. 1, welche nicht von einem unredlichen Besitzer spricht). Eine Vereinigung dieser Stellen scheint mir nicht möglich (vgl. übrigens Schmid I § 10 Note 67, Vangerow I S. 329 Anm. 1, Pernice Labeo II S. 176 fg.), und so heben sie sich gegenseitig auf. Da wir demzufolge keine positive Bestimmung für die bezeichnete Strafe des unredlichen Besitzers haben, wird dieselbe als geltendes Recht nicht behauptet werden dürfen.

[22] D. h. auch diese braucht der Eigenthümer des Weinbergs nicht herauszugeben, wenn er das Doppelte ihres Werthes ersetzen will. L. 1 pr. § 1 D. de tigno iuncto 47. 3. Im Uebrigen ist hier durch die Vorschrift der 12 Tafeln nicht der Loslösungs-, sondern der Eigenthumsanspruch ausgeschlossen; da die Verbindung keine feste ist, so verliert der Eigenthümer der Rebpfähle durch die Verbindung sein Eigenthum nicht.

§ 189.

2. Verbindung von Beweglichem mit Beweglichem.

Bei einer solchen Verbindung ist es möglich, daß die verbundene Sache ihre Existenz in der Weise verliert, daß sie als das, was sie früher war, nicht mehr hergestellt werden kann; dann ist sie untergegangen, und es kann von einem Eigenthumsrecht an derselben nicht die Rede sein[1]. Das Ganze aber, in welchem

---

§ 189. [1] L. 23 § 5 D. de R. V. 6. 1. — „Dicit enim (Cassius), si statuae suae ferruminatione iunctum brachium sit, unitate maioris partis consumi, et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo, quod adplumbatum sit; quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit". Ueber die Begriffe von adplumbare und ferruminare wird gestritten; die neuesten Untersuchungen sind die von Göppert in dem akadem. Programm „über die Bedeutung von ferruminare und adplumbare in den Pandekten" (1869 — ein Nachtrag Zeitschr. f. RGesch. IX S. 241 fg.) und von M. Pampaloni im Arch. giuridico XXXIII p. 222—299 (1879). Vgl. auch Dernburg I § 209 Note 6. Ebenso wird gestritten über den Sinn der Worte: quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, ob sie sagen wollen, daß die confusio herbeigeführt werde durch ferruminatio mit einem Stoff, welcher dem Stoff der verbundenen Stücke gleich sei, oder daß sie herbeigeführt werde durch ferruminatio von Stücken, die unter sich von gleichem Stoffe seien (für die letztere Auslegung namentlich Pampaloni). Diese Meinungsverschiedenheiten können auf sich beruhen bleiben. Die Stelle will jedenfalls den Gegensatz zwischen einer loseren und einer festeren, engeren Verbindung zum Ausdruck bringen, und sie bezeichnet als Resultat der letzteren ein consumi, eine confusio; für die Rechtsanwendung ist allein dieses Resultat maßgebend, nicht die Ansichten der römischen Juristen darüber, wie dasselbe erreicht wird. Andere Entscheidungen der Quellen, welche hierher gehören, beziehen sich auf: das Einweben (§ 26 I. h. t. 2. 1, vgl. l. 23 § 1 D. de auro 34. 2, und was die gegentheilige Entscheidung in l. 7 § 2 D. ad exh. 10. 4 angeht, Bechmann S. 44, Göppert über einheitliche und zusammengesetzte Sachen S. 87); das Schreiben (§ 33 I. h. t. 2. 1, l. 9 § 1 D. h. t. 41. 1, l. 23 § 3 D. de R. V. 6. 1); das Malen (l. 23 § 3 D. de R. V. 6. 1, vgl. § 34 I. h. t. 2. 1, l. 9 § 2 D. h. t. 41. 1 und hierüber Note 6). Der im Texte aufgestellte Ausdruck der Regel scheint mir noch immer den Sinn des quellenmäßigen consumi und confundi am Besten wiederzugeben. Andere bezeichnen als das Entscheidende die Unlösbarkeit der Verbindung (so auch Bechmann), oder die Unlösbarkeit nach Verkehrsanschauungen (Bremer), oder daß die Verbindung nicht ohne Zerstörung der verbundenen Sache (Wächter), oder nicht ohne Ge-

sie jetzt enthalten ist, steht entweder im Eigenthum des Eigenthümers der Hauptsache, wenn nämlich eine der verbundenen Sachen die Hauptsache ist, oder wenn dieß nicht der Fall ist, im gemeinschaftlichen Eigenthum der Eigenthümer der verbundenen Sachen[2]. Wird die verbundene Sache von der Verbindung nicht in der Weise ergriffen, daß sie als die Sache, welche sie früher war, nicht mehr herstellbar ist, so wird, wenn keine der verbundenen Sachen die Hauptsache ist, an den Eigenthumsverhältnissen nichts geändert[3]. Ist dagegen eine der verbundenen Sachen die Hauptsache, so steht, so lange die Verbindung dauert, die Nebensache in ihrer Eigenschaft als Bestandtheil der Hauptsache im Eigenthum des Eigenthümers der Hauptsache, während das an ihr als besonderer Sache stattfindende Eigenthumsrecht ruht[4];

---

fahr für dieselbe, oder nicht ohne Schwierigkeit, lösbar ist. Vgl. Göppert a. a. O. S. 84. 85.

[2] L. 3 § 2 D. de R. V. 6. 1. „Pomponius scribit, si quid quod eiusdem naturae est ita confusum est atque commixtum, ut deduci et separari non possit, non totum, sed pro parte esse vindicandum. Ut puta meum et tuum argentum in massam redactum est; erit nobis commune, et unusquisque pro parte ponderis, quod in massa habemus, vindicabimus". L. 4 l. 5 § 1 eod., l. 27 pr. D. h. t. 41. 1, vgl. l. 27 § 2 eod. Böcking II § 152 Note 62, Girtanner Jahrb. f. Dogm. III S. 278 fg., Bechmann S. 38 fg., Göppert S. 92). Zu allgemein drücken sich § 27 i. f. I. h. t., l. 7 § 9 D. h. t. 41. 1 aus, s. die folgende Note. Vgl. Steinlechner Miteigenthum S. 30 fg.

[3] L. 12 § 1 D. h. t. 41. 1. „Si aere meo et argento tuo conflato aliqua species facta sit, non erit ea nostra communis, quia, cum diversae materiae aes atque argentum sit, ab artificibus separari et in pristinam materiam reduci solet". L. 5 § 1 D. de R. V. 6. 1, l. 27 § 2 D. h. t. Vgl. Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 323—325. Göppert in der Schrift über einheitliche und zusammengesetzte Sachen S. 32 fg. 42 fg. 77 fg. bringt auch dieß in Verbindung mit den Auffassungen der stoischen Philosophie.

[4] L. 23 § 2 D. de R. V 6. 1. „Si quis rei suae alienam rem ita adiecerit, ut pars eius fieret, veluti si quis statuae suae bracchium aut pedem alienum adiecerit, aut scypho ansam vel fundum, vel candelabro sigillum, aut mensae pedem: dominum eius totius rei effici, vereque statuam suam dicturum et scyphum plerique recte dicunt". § 5 eod. „Item quaecunque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedunt, ea, quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest . .". L. 26 pr. l. 27 pr. D. h. t. 41. 1. Es wiederholt sich hier die in § 188 Note 10. 11 bezeichnete

durch Auflösung der Verbindung aber wird das frühere Rechtsverhältniß wiederhergestellt, und zwar kann hier die Auflösung der Verbindung verlangt werden[4a]. Wiederherstellung des früheren Rechtsverhältnisses findet auch hier dann nicht statt, wenn der Eigenthümer selbst, in der Absicht auf sein Eigenthum zu verzichten, die Verbindung vorgenommen hat[5].

Zu dem Gesagten sind folgende Bemerkungen hinzuzufügen.

1. Bei der Beantwortung der Frage, ob eine Sache, und welche, die Hauptsache sei, ist darauf zu sehen, ob eine und welche dem Ganzen Namen und Wesen gibt, ob eine und welche nur um der andern willen vorhanden ist[6].

---

doppelte Art der Betrachtung. In § 2 cit. heißt es: „dominum eius totius rei effici", in § 4 eod. wird die verbundene Sache geradezu „res mea" genannt; in § 5 cit. dagegen wird der Eigenthümer der verbundenen Sache auch nach der Verbindung noch als Eigenthümer bezeichnet. Was § 188 Note 13 über die verschiedenen Ansichten der Schriftsteller gesagt worden ist, gilt auch für diesen Fall. Baron a. a. O. will das Gewicht des § 4 cit. dadurch beseitigen, daß er meam*que* in meam*ve* emendirt; Bechmann erklärt ohne diese Emendation die Stelle sachlich in gleicher Weise.

[4a] L. 23 § 5 D. de R. V. 6. 1, l. 6. 7 § 1. 2 D. ad exh. 10. 4.

[5] Das ist zwar für diesen Fall nicht ausdrücklich gesagt: allein die Analogie des Falles der Verbindung mit einer unbeweglichen Sache (§ 188 Note 9) ist entscheidend.

[6] L. 26 pr. D. h. t. 41. 1. „Proculus indicat, hoc iure nos uti, quod Servio et Labeoni placuisset: in quibus propria qualitas (ex)specta(re)tur, si quid additum erit, toto cedit, ut statuae pes aut manus, scypho fundus aut ansa, lecto fulcrum, navi tabula, aedificio cementum: tota enim eius sunt, cuius ante fuerant". L. 29 § 1 D. de auro 34. 2. „Utra autem utrius materiae sit accessio, visu atque usu rei, consuetudine patrisfamilias aestimandum est". L. 9 § 1 D. h. t. 41. 1, l. 23 § 3 D. de R. V. 6. 1, l. 19 § 13—16 l. 20 D. de auro 34. 2. Beim Gemälde soll die Malerei die Hauptsache sein, nicht die Tafel, nach Justinian's Entscheidung, § 34 I. h. t. 2. 1, l. 9 § 2 D. h. t. 41. 1, l. 23 § 3 D. de R. V. 6. 1. Wie das Gemälde muß auch die Photographie beurtheilt werden (in Betreff der Daguerrotypen a. M. Madai Arch. f. civ. Pr. XXVI S. 212 fg.). Die Steinzeichnung stellt dem Gemälde gleich das Urtheil bei Seuff. Arch. IX. 127; dagegen XIII. 129. Beim Schiffe ist die Hauptsache der Kiel (l. 61 D. de R. V. 6. 1); doch wird in l. 26 pr. D. h. t. 41. 1 in Betreff des Schiffs der Gesichtspunkt der Verfertigung geltend gemacht. Vgl. Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 16 fg. 354 fg. Aushülfsweise kann auch Umfang und Werth der verbundenen Sachen in Betracht kommen, l. 27 § 2 D. h. t. 41. 1. Vgl. Bechmann S. 63, Bremer S. 40.

2. Werden Sachen so mit einander vermischt, daß ihre Trennung, obgleich an und für sich möglich, doch factisch unausführbar ist, so ändert sich zwar an und für sich an den Eigenthumsverhältnissen nichts, für die praktische Ausführung aber tritt an die Stelle des Eigenthums an den nicht mehr auffindbaren Sachen Miteigenthum an sämmtlichen zu einem nach der Zahl und dem Werth der nicht mehr auffindbaren zu bestimmenden Antheil[7]. — Besonderes gilt für den Fall, wo Jemand fremdes Geld mit dem seinigen vermischt. Durch diese Vermischung wird er Eigenthümer der vermischten fremden Geldstücke[8].

3. Es kann in der Verbindung Verfertigung einer neuen Sache liegen; dann entscheidet der Gesichtspunkt der Verfertigung[9].

4. Ist die Verbindung mit dem Willen der beiderseitigen Eigenthümer geschehen, so wird das Ganze in Folge ihres Willens gemeinschaftlich[10].

§ 189a.

Aus dem in den beiden vorhergehenden §§ Gesagten ergibt sich, daß die Verbindung nur in einem uneigentlichen Sinn eine Eigenthumserwerbart genannt werden kann. Sie ist es bloß für die äußerliche Betrachtung. Durch die Verbindung wird an den Eigenthumsverhältnissen nur insoweit etwas geändert, als die verbundene Sache (zeitweilig oder für immer) aufhört, diejenige Sache

---

[7] So beim Zusammenschütten zweier Haufen Getreide, § 28 I. h. t. 2. 1. Vgl. Bechmann S. 28 fg., Bremer S. 27 fg., welcher Letztere Eigenthum an der Quantität als solcher annimmt. Dagegen auch Göppert über einheitliche und zusammengesetzte Sachen S. 100.

[8] L. 78 D. de sol. 46. 3. „Si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent eius, cuius fuerunt; si mixti essent, ita ut discerni non possent, eius fieri, qui accepit, in libris Gaii scriptum est". Bechmann S. 31, Goldschmidt Handelsr. I § 105 Note 8. Hartmann über den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden (1868) S. 21 fg. sieht als das Entscheidende nicht die Vermischung, sondern die Besitzerlangung an, mit Vorbehalt jedoch des Gegenbeweises für den Gegner, „daß diese Stücke als solche, die ohne gültigen Uebertragungsact (z. B. durch furtum) an Kläger gelangten, individuell erkennbar sind". S. dagegen Karlowa krit. VJSchr. XI S. 529 fg.

[9] Vgl. Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 16 fg. 354 fg., Bremer S. 40.

[10] § 27. 28 I. h. t. 2. 1, l. 7 § 8 l. 25 D. h. t. 41. 1, l. 5 pr. D. de R. V. 6. 1.

zu sein, welche sie bis dahin war, als sie in einer andern Sache, mit welcher sie verbunden worden ist, aufgeht. Durch die Verbindung wird also nicht neues Eigenthumsrecht begründet, sondern ein einem bestehenden Eigenthumsrecht unterworfenes Object erweitert. Wenn nichtsdestoweniger die Kategorie: Eigenthumserwerb durch Verbindung hier festgehalten worden ist, so ist das geschehen, weil damit eine für den Lehrvortrag wünschenswerthe Anknüpfung an die Vorstellung des Lebens gewonnen wird[1].

§ 190.

Insofern die Verbindung Eigenthumsverlust herbeiführt, beraubt sie doch denjenigen, welchem sie Eigenthum nimmt, nicht ohne Weiteres des Vermögenswerthes der Sache[1]. Im Einzelnen ist hier zu unterscheiden, ob der Verlierende selbst die Verbindung vorgenommen hat, oder nicht. Im ersten Fall hat er einen Entschädigungsanspruch nach den Grundsätzen von der Verwendung, also, wenn er im guten Glauben war, ein Retentionsrecht, bis ihm ersetzt worden ist, worum die von ihm abgeforderte Sache durch die Verbindung für den Eigenthümer werthvoller geworden ist[2], während ihm ein Klagerecht in den Quellen ausdrück-

§ 189a. [1] Und in gleicher Weise möchte diese Anknüpfung für die Gesetzgebung wünschenswerth sein. — Der im Text bezeichnete Gesichtspunkt ist in neuerer Zeit mit Energie hervorgehoben worden von Bechmann, ebenso von Bremer und Göppert. Doch können diese Schriftsteller nicht leugnen, daß auch in den Quellen die Auffassung des Lebens vertreten ist, s. namentlich l. 9 § 2 de damno inf. 39. 2, l. 7 § 13 D. de A. R. D. 41. 1, l. 23 § 3. 4 D. de R. V. 6. 1, obgleich sich Bechmann bemüht, diese Instanz abzuschwächen. Vgl. noch v. Schey Grünhut's Zeitschr. VIII S. 144 fg. — Man bemerke übrigens auch, daß Verbindung oder Geschehenlassen der Verbindung ein hinreichender Ausdruck des Eigenthumsübertragungswillens sein kann, § 188 Note 21, § 189 Note 10. In diesem Fall ist allerdings die Verbindung Eigenthumserwerbsthatsache, wenn auch nicht die Verbindung als solche.

§ 190. [1] Gewöhnlich nimmt man den Fall der Antreibung aus, indem man sich darauf beruft, daß hier die Verbindung durch Naturgewalt erfolge (Wächter Note 39—42, Schmid Note 12—18), oder darauf, daß der Verlierende den Verlust durch zeitige Rückforderung hätte abwenden können (Arndts § 152 Anm. 4 a. E.). Weder der eine noch der andere Grund erscheint mir durchgreifend; vgl. was den ersten angeht l. 4 § 2 D. de R. C. 12. 1. „Ea, quae vi fluminum importata sunt, condici possunt". Voigt condictiones ob causam S. 749 bezieht diese Stelle direct auf die Accession.

lich abgesprochen wird[3]. Im zweiten Fall hat er einen auch durch Klage zu verfolgenden Anspruch gegen den Eigenthümer auf Herausgabe des Werthes der verlorenen Sache[4]. Ueber den besonderen Entschädigungsanspruch bei eingebautem Baumaterial ist bereits oben gehandelt worden[5].

V. Verlust des Eigenthums*.

§ 191.

Verloren wird das Eigenthum: dadurch, daß ein Anderer es erwirbt; durch Aufgabe des Eigenthümers, die aber in der Behandlung der Sache äußerlich hervortreten muß (Dereliction)[1]; durch Untergang der Sache, oder dadurch, daß sie in eine Lage

---

[2] L. 23 § 4 D. de R. V. 6. 1. „In omnibus . . istis, in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium ejus quod accesserit dare". § 30. 32. 33 I. h. t. 2. 1, l. 7 § 12 l. 9 pr. § 1 D. h. t. 41. 1, l. 5. 11. 16 C. de R. V. 3. 32, l. 37, 38 D. eod. 6. 1.

[3] L. 33 D. de cond. ind. 12. 6, l. 14 D. de exc. doli 44. 4, l. 14 § 1 D. comm. div. 10. 3. Vgl. II § 422 Note 7.

[4] L. 23 § 5 D. de R. V. 6. 1: „. . in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est". In anderen Stellen wird eine utilis rei vindicatio gegeben, welche hier lediglich Form der Geltendmachung des Ersatzanspruches ist, so daß sie durch Herausgabe des Werthes abgewendet werden kann (Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 120 fg.), so in l. 5 § 3 D. de R. V. 6. 1 bei der Einpflanzung, in § 34 I. h. t. 2. 1 und l. 9 § 2 D. h. t. 41. 1 (Gai. II. 78) beim Malen (Jhering a. a. O. S. 138—141. 160. 165. 171—172, Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 350—351, Bechmann S. 73 fg.). Für den Fall des Einwebens gibt § 26 I. h. t. 2. 1 eine condictio, aber wahrscheinlich unter der Voraussetzung bösen Glaubens des Verbindenden. Vgl. Gai. II. 79 und II § 422 Note 2.

[5] Die besonderen Gründe, auf denen ein Entschädigungsanspruch beruhen kann, wie z. B. Vertrag und Delict, bleiben natürlich auch hier (vgl. § 187 Note 6) außer Ansatz. Condictio indebiti: Seuff. Arch. XXVII. 34.

* Gesterding S. 400—402, Schmid I § 19, Pagenstecher II S. 356 fg., Böcking II § 155 fg.

[1] § 47 I. de R. D. 2. 1, l. 17 § 1 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 3 D. pro derel. 41. 7. Vgl. l. 2 § 1 eod. Dereliction eines ideellen Theils (d. h. Dereliction der Sache zu einem ideellen Theil)? S. l. 3 cit. und Steinlechner Miteigenthum S. 37 fg. Bewußtsein des Eigenthums erforderlich? Vgl. § 184 Note 1 und Zitelmann Irrthum S. 313 fg. § 191.

kommt, in welcher sie aller Privatberechtigung entzogen ist[1a]; endlich das Eigenthum an wilden Thieren dadurch, daß dieselben ihre natürliche Freiheit wiedererlangen[2].

VI. Der Eigenthumsanspruch*.

Einleitung.

§ 192.

Der dem Eigenthumsrechte entsprechende Anspruch ist darauf gerichtet, daß sich Niemand mit dem Eigenthumswillen (der im Eigenthumsrecht anerkannten Willensordnung) in thatsächlichen Widerspruch setze. Geschieht dieß dennoch, so verwandelt sich der Eigenthumsanspruch in einen Anspruch gegen den Thäter auf Wiederaufhebung der dadurch dem Eigenthumsrechte zugefügten Verletzung bez. ihrer Folgen (§ 122). Wird die Befriedigung dieses Anspruchs verweigert, so wird der Eigenthumsanspruch zur Eigenthumsklage (§ 122). Von dem Eigenthumsanspruch in seiner Gestaltung durch die Verletzung des Eigenthums bez. von der Eigenthumsklage ist hier näher zu handeln.

Der Eigenthumsanspruch hat einen verschiedenen Inhalt je nach der Verschiedenheit der dem Eigenthum zugefügten Verletzung. Diese Verletzung kann eine totale oder eine bloß partielle sein. Die erste besteht darin, daß dem Eigenthümer seine Sache ganz vorenthalten wird; die zweite besteht darin, daß ohne Vorenthaltung der Sache in das Eigenthumsrecht eingegriffen wird. Welches aber auch der Inhalt des Eigenthumsanspruchs sein möge, derselbe fordert immer, was er fordert, auf Grund des Eigenthums; deßwegen ist er ein dinglicher, kein persönlicher Anspruch[1].

[1a] Namentlich auch dadurch, daß das Grundstück vom Flusse bleibend occupirt wird. L. 7 § 5 D. de A. R. D. 41. 1, l. 1 § 7 D. de flum. 43. 12, § 23 I. de R. D. 2. 1. Vorübergehende Ueberschwemmung hebt das Eigenthumsrecht nicht auf, sondern versetzt es nur in ruhenden Zustand, wie die Verbindung. L. 1 § 9 D. de flum. 43. 12, l. 7 § 6 D. de A. R. D. 41. 1 in Verbindung mit § 24 I. de R. D. 2. 1. Für das Gegentheil beweisen auch nicht l. 23 D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 30 § 3 D. de A. R. D. 41. 1. Vgl. die Stellen in § 188 Note 13 in Verbindung mit den Stellen in Note 11 das. Entscheidungen des RG. VIII S. 181 fg. (Seuff. Arch. XXXVIII. 302). Frank Jahrb. f. Dogm. XXI S. 423 fg.

[2] S. § 165 Note 5.

* Dig. 6. 1 Cod. 3. 32 de rei vindicatione.

A. Der Eigenthumsanspruch wegen Vorenthaltung der Sache*.

1. Gegenstand..

§ 193.

Der Eigenthumsanspruch wegen Vorenthaltung der Sache ist zuvörderst gerichtet auf Herausgabe der Sache. Wird die Herausgabe auch von dem verurtheilten Besitzer verweigert, so hat der Eigenthümer die Wahl[1] zwischen directer Erzwingung[2] und Eintreibung seines Interesse[3]. Verlangt der Besitzer eine Frist für die Herausgabe, so ist ihm dieselbe gegen gehörige Sicherheit nach billigem Ermessen des Richters zu gewähren[4]. Was den Ort der Herausgabe angeht, so ist der Besitzer an und für sich nicht verpflichtet, die Sache an einem andern Ort herauszugeben, als wo sie sich befindet; doch kann der Eigenthümer auf Herausgabe am Ort des Processes dringen: a) wenn er Gefahr und Kosten tragen

---

[1] Die Eigenthumsklage wegen Vorenthaltung der Sache heißt römisch rei vindicatio, die Eigenthumsklage wegen Eingriffs actio negatoria oder negativa. Eine vindicatio ist übrigens die letztere auch; nur keine *rei* vindicatio. Das Ziel der Eigenthumsklagen wird in den Quellen im Allgemeinen als ein restituere bezeichnet. § 192.

* Kritz Darstellung praktischer Materien des Römischen Rechts. 1. Band. Ueber die Vindication und die Publicianische Klage (1831). Wetzell der römische Vindicationsproceß (1845). Gesterding S. 309—381, Schmid I § 15, Pagenstecher III S. 5—182. Glück VIII S. 26 fg., Sintenis I S. 517—525. Vgl. auch Voigt ius naturale ꝛc. ꝛc. III S. 583 fg. 1005 fg.

[1] Schmid S. 295, Wetzell System des Civilproc. § 50 Nr. II. Durch die Reichscivilproceßordnung ist dieses Wahlrecht nicht beseitigt; denn s. § 778. § 193.

[2] So nach heutigem und schon nach neuerem römischen Rechte, während im älteren römischen Recht der hartnäckige Besitzer nur auf Geld condemnirt und exequirt werden konnte. Das neuere römische Recht steht bereits in l. 68 D. de R. V. 6. 1, wobei freilich dahin gestellt bleiben muß, ob nicht kraft einer Interpolation. Vgl. Wetzell Vindicationsproceß S. 126 und System des Civilproc. § 50 Note 80, Rudorff röm. RGesch. II § 92 Note 14, Bethmann-Hollweg röm. Civilproc. II § 115 a. E.

[3] Durch die Leistung des Interesse geht das Eigenthum auf den Besitzer über (§ 172 Note 22), als wenn die Sache verkauft worden wäre. L. 46. 47 D. h. t., l. 35 § 2 eod., l. 7 § 1 D. de Publ. 6. 2, l. 22. pr. D. rer. amot. 25. 2, l. 1. 3 D. pro emt. 41. 4. Literaturangaben in Note 12. Vgl. § 133 Note 15.

[4] § 2 I. de off. iud. 4. 17.

will; b) wenn der Besitzer unredlicher Besitzer war, und die Sache von dem Ort des Processes nach Erhebung desselben entfernt hat[5].

Ist der Berechtigte nur Miteigenthümer, so geht sein Anspruch nur auf Einräumung des Mitbesitzes. In diesem Falle ist aber der Besitzer berechtigt, abgesehen von besonderen Umständen, die Angabe der Quote zu verlangen, zu welcher der Gegner das Miteigenthum in Anspruch nimmt[6].

Der Anspruch auf Herausgabe der Sache verwandelt sich in einen Anspruch auf Leistung des Interesse[7], wenn dem Besitzer die Herausgabe der Sache unmöglich wird, ohne daß er dadurch von dem Eigenthumsanspruch befreit wird. Dieß ist der Fall: a) beim unredlichen Besitzer, wenn die Unmöglichkeit der Herausgabe vor Erhebung des Processes durch seinen Willen[8], oder nach

---

[5] L. 10—12 D. h. t., vgl. l. 11 § 1 D. ad exh. 10. 4, auch II § 282 Note 5.

[6] L. 6. 8 l. 35 § 3 D. h. t., l. 76 § 1 eod. Vgl. Seuff. Arch. XXI. 14.

[7] S. § 101 Note 14, II § 257 Note 6.

[8] L. 27 § 3 D. h. t. „Sed et is, qui ante litem contestatam dolo desiit rem possidere, tenetur in rem actione . .“. L. 131 D. de R. I. 50. 17. „Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est“. L. 157 § 1 D. eod. „Semper qui dolo fecit, quominus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet“. Neuere sprechen hier von einer Verhaftung wegen ficta possessio. Die Verhaftung desjenigen, qui dolo desiit possidere, wird in l. 27 § 3 D. cit. auf die entsprechende von dem SC. Iuventianum für die hereditatis petitio getroffene Bestimmung (l. 20 § 6 l. 25 § 2 sqq. D. de H. P. 5. 3) zurückgeführt, ist aber wahrscheinlich älter. Vgl. III § 612 Note 11 und Wetzell Vindicationsproc. S. 133, Demelius Exhibitionspflicht S. 185 fg., Pernice Labeo II S. 255. Ein dolo desinere possidere liegt nicht bloß dann vor, wenn der unredliche Besitzer sich des Besitzes in der Absicht entäußert, um sich dadurch dem Eigenthumsanspruch zu entziehen (Wetzell a. a. O.), sondern überhaupt, wenn er sich des Besitzes mit seinem Willen entäußert, wenn er „facit quominus possideat“ (l. 20 § 6 cit.), durch Weggeben oder Vernichtung der Sache; er soll nicht über die Sache verfügen, da er weiß, daß sie nicht die seinige ist. Wächter Erörterungen III S. 128. 129, Bekker Jahrb. d. gem. R. IV S. 192. 193, Francke Commentar zum Pandektentitel de Hereditatis Petitione S. 147. 269. Seuff. Arch. XV. 202, XXXIII. 358, XXXVI. 11. 12. Kierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck 1866 Nr. 97. Vgl. auch l. 9 pr. D. ad exh. 10. 4. Der Anspruch ist ein reiner Delictsanspruch in der Form des Eigenthumsanspruchs; daher bestimmt sich auch die Verhaftung des Erben nach den Grundsätzen von den Delictsansprüchen, l. 52 D. h. 1., und im Concurs gehört der Berechtigte unter die Gläubiger. Wächter Pand. I S. 181.

Erhebung des Processes irgendwie eintritt[9]; b) beim redlichen Besitzer, wenn die Unmöglichkeit der Herausgabe nach Erhebung des Processes durch seine Schuld eintritt[10]. Gegenüber dem unredlichen Besitzer, welcher sich willentlich in die Unmöglichkeit der Herausgabe versetzt hat, ist die Leistung des Interesse[11] nicht Abfindung für den Eigenthümer, in den übrigen Fällen allerdings[12].

Befindet sich der Besitzer in der Unmöglichkeit, die Sache in unversehrtem Zustand herauszugeben, so tritt zu dem Anspruch auf Herausgabe ein Anspruch auf Leistung des Interesse hinzu, nach den gleichen Grundsätzen wie bei Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache selbst, nur mit dem Unterschied, daß hier der unredliche Besitzer auch vor Beginn des Processes wegen Nachlässigkeit haftet[13].

---

[9] Der unredliche Besitzer soll keinen Proceß über die Sache führen; er soll sie dem Kläger ohne Proceß herausgeben. Führt er den Proceß dennoch, so ist er verpflichtet, dem Kläger den ihm dadurch erwachsenden Schaden zu ersetzen. Deßwegen wird er selbst dadurch nicht frei, daß er die Sache in einer Weise verliert, aus der ihm an und für sich ein Vorwurf nicht gemacht werden kann, wenn er nicht beweisen kann, daß auch bei sofortiger Herausgabe der Kläger jetzt weder die Sache noch ihren Werth haben würde. Das Nähere mit den Beweisstellen s. oben § 124 Note 4. 9 und unten II § 280 Ziff. 2; außer den daselbst citirten Schriftstellern vgl. noch Wetzell S. 174 fg., Schmid § 15 Note 103.

[10] Nach den Grundsätzen von der durch den Proceß begründeten Verantwortlichkeit auch des redlichen Besitzers. S. § 124 Note 5. 8, woselbst auch die Beweisstellen. Vgl. Bl. f. RAnwend. in Bayern XXXVIII S. 141 (Seuff. Arch. XXVIII. 10).

[11] Vgl. mit l. 68 D. h. t. § 133 Note 15.

[12] Der Beklagte kann in diesen Fällen, wie wenn er die Sache gekauft hätte, von dem Kläger Abtretung seines Eigenthumsanspruchs, wie seiner sonstigen Ansprüche, verlangen (II § 337), hat aber den Eigenthumsanspruch auch ohne Abtretung (II § 337 Note 2), und wird dadurch, daß er den Besitz der Sache erlangt, Eigenthümer derselben — vorausgesetzt daß auch jetzt noch der Kläger den Besitz- und Eigenthumsübertragungswillen hat, weßwegen derselbe auf Begehren des Beklagten Caution stellen muß. L. 21. 63. 69. 70 D. h. t., l. 46. 47 eod., l. 7 § 1 D. de Publ. 6. 2, l. 22 pr. D. rer. amot. 25. 2, l. 1. 3 D. pro emt. 41. 4. Anders in dem erstgenannten Falle, l. 69. 70 vgl. l. 7 D. h. t., l. 13 § 14 D. de H. P. 5. 3, l. 95 § 9 D. de solut. 46. 3. Literatur: Wetzell S. 223 fg., A. Schmid die Grundlehren der Cession I § 25, Vangerow I § 332 Anm. 3 Nr. III. 1. b.

[13] L. 13—15 pr. l. 45 D. h. t. (über diese letztere Stelle Wetzell S. 206 fg., Savigny VI § 272. g), l. 5 C. h. t., vgl. l. 31 § 3 D. de H. P.

§ 194.

Der Eigenthumsanspruch ist nicht bloß auf Herausgabe der Sache selbst gerichtet, sondern auch auf Herausgabe der von derselben gezogenen Früchte und des sonstigen Zuwachses[1]. Hat der Besitzer das Gewonnene hinterher wieder verloren, so entscheiden die Grundsätze über den Verlust des Besitzes der Hauptsache, jedoch auch hier mit dem Unterschied, daß der unredliche Besitzer wegen Nachlässigkeit auch vor Beginn des Processes haftet[2]. Wegen versäumten Gewinns haftet der redliche Besitzer erst nach Beginn des Processes[3], der unredliche Besitzer auch vorher[4], vorher jedoch nur

---

5. 3. A. M. Brinz 2. Aufl. I S. 662. — Die Behauptung, daß der unredliche Besitzer auch wegen des Besitzverlustes hafte, welcher vor Beginn des Processes durch seine Nachlässigkeit eintrete (Glück VIII S. 208. 209, Sintenis I § 42 Anm. 38, Wächter Erörter. III S. 130 Note 90, Savigny VI S. 167, Vangerow I § 332 Anm. 2 Nr. III. 1. b a. E.) läßt sich aus den Quellen nicht rechtfertigen; dieselben verlangen, abgesehen von den Fällen der ficta possessio, Besitz zur Zeit des Proceßbeginnes. L. 25 § 2 l. 31 § 3 D. de H. P. 5. 3 handeln von der Verschlechterung der Erbschaft, nicht von dem Verluste des Besitzes derselben; ebensowenig handelt l. 45 D. h. t. von dem Verlust des Besitzes der vindicirten Sache („si homo sit, qui post conventionem restituitur"). Vgl. Wetzell S. 206 fg., Brinz 2. Aufl. I S. 662, Pernice Labeo II S. 258 fg.; a. M. Eisele Jahrb. f. Dogm. XIV S. 16 fg. — Noch weiter geht Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 184 fg.; derselbe behauptet, der unredliche Besitzer haite selbst für casus; denn das SC. Iuventianum habe bestimmt, der unredliche Besitzer solle fortan bloß auf Grund seines unredlichen Besitzes so haften, wie früher nur nach dem Proceßbeginne. Das soll bewiesen werden durch l. 25 § 7 und l. 20 § 11 D. de H. P. 5. 3! — Nur derjenige unredliche Besitzer, welcher es durch Entwendung oder gewaltsame Entsetzung geworden ist, haftet allerdings auch wegen Zufalls, auf Grund seines Delicts. S. II § 453.

§ 194. [1] § 2 I. de off. iud. 4. 17, l. 22 C. h. t., l. 17 § 1 l. 20. 34. 62 pr. l. 64 D. h. t., l. 5 C. h. t. Auch das fällt unter den Begriff des restituere, l. 22. 23 l. 246 § 1 D. de V. S. 50. 16; vgl. l. 35. 75 D. eod. und § 124 Note 2 u. 6. In Betreff der juristischen Früchte vgl. noch Windscheid Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV S. 132 fg.; Seuff. Arch. XIV. 11. Erwerb aus der Sache, den der Eigenthümer nicht gemacht haben würde? Vgl. Seuff. Arch. XXXVII. 295 (RG. 14 2 82).

[2] Nach den für die Verschlechterung der Hauptsache geltenden Regeln; der Anspruch auf Herausgabe des Zuwachses ist nur eine Erweiterung des Anspruches auf die Hauptsache, und dieser durch den fortdauernden Besitz der Hauptsache begründet. S. § 124 Note 6. Vgl. übrigens auch Wetzell S. 163—168.

wegen des Gewinns, welchen er selbst[5], nachher auch wegen desjenigen, welchen der Eigenthümer hätte ziehen können[6].

2. Gegenansprüche*.

§ 195.

Seinerseits hat der Besitzer einen Anspruch auf Ersatz der auf die Sache gemachten Verwendungen[1], und braucht die Sache nicht eher herauszugeben, bis er für dieselben befriedigt ist[1a]. Dafür gelten folgende nähere Grundsätze. Für nothwendige Verwendungen[2] kann jeder Besitzer Ersatz verlangen, auch der un-

---

[3] S. § 124 Note 6 und die dort citirten Stellen. Vorher „quia quasi suam rem neglexit, nulli querelae subiectus est" (l. 31 § 3 D. de H. P. 5. 3). Entscheid. des RG. III S. 201 fg.

[4] Gegen die gegentheilige Ansicht (Madai Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XI S. 1 fg., Wetzell S. 168 fg.) s. Schmid I § 15 Note 110 und Vangerow I § 333 Anm. Nr. II. 1. a und die das. Citirten.

[5] Er muß Ersatz geben für die ihm zur Last fallende Vernachlässigung der Sache; er muß dem Eigenthümer leisten, was derselbe bei Nichtvernachlässigung der Sache gehabt haben würde.

[6] Er muß Ersatz geben für die ihm zur Last fallende Nichtherausgabe der Sache an den Kläger; er muß leisten, was derselbe gehabt haben würde, wenn ihm die Sache ohne Proceß herausgegeben worden wäre. Vgl. § 124 Note 6 und die dort citirten Stellen und Schriftsteller, auch Wetzell S. 251 fg. — Göppert die organischen Erzeugnisse S. 133 fg. glaubt, daß die Verhaftung des unredlichen Besitzers für nicht gezogene Früchte erst dem späteren (Theodosischen) Rechte angehöre. Dagegen l. 62 pr. D. h. t., l. 5 C. h. t. Hartmann krit. VJSchr. XI S. 507 fg.

* W. Sell in Sell's Jahrb. III S. 272 fg. (1844). Leist civ. Studien II S. 11—60 (1855). Vgl. auch Dernburg Compensation S. 346 fg. (2. Ausg. S. 340 fg.).

[1] Nicht etwa auch auf Ersatz des für den Erwerb der Sache Aufgewendeten — abgesehen natürlich von besonderen Verpflichtungsgründen. L. 3. 23 C. h. t. § 195.

[1a] Inwiefern er auch ein Klagerecht habe, darüber s. II § 422 Note 7. § 431 Note 17. 18. — Den Gegenanspruch hat auch der dritte Erwerber, weil der gegen ihn durchgeführte Eigenthumsanspruch auf den verwendenden Eigenthümer zurückschlägt. L. 14 § 1 comm. div. 10. 3. — Caution statt Befriedigung? Seuff. Arch. XXVIII. 192.

[2] Impensae necessariae — solche, die zur Erhaltung der Sache nothwendig sind. L. 1 § 1. 3 l. 2—4 l. 14 pr. D. de impensis 25. 1, l. 79 pr. D. de V. S. 50. 16, Ulp. VI. 15. Vgl. Leist S. 23—25.

redliche, nur nicht der Dieb[3]. Für andere Verwendungen hat der unredliche Besitzer keinen Ersatzanspruch, er hat nur das Recht, die gemachten Anlagen wegzunehmen[4]. Dagegen hat der redliche Besitzer einen Ersatzanspruch[5] auch für die bloß nützlichen Verwendungen[6], d. h. diejenigen, welche dem Eigenthümer nützlich sind[7], jedoch nur bis zum Belange des dadurch erzielten Mehrwerthes[8], und so, daß er sich den Werth der Früchte, welche er behält, anrechnen muß[9]. Für die Verwendungen, welche auch nicht nützlich in dem angegebenen Sinne sind[10], hat auch der

[3] L. 5 C. l. 65 pr. D. h. t., l. 1 C. de inf. expos. 8. 51 [52].

[4] § 30. 32. 33. I. de R. D. 2. 1, l. 7 § 12 l. 9 pr. § 1 D. de A. R. D. 41. 1, l. 11. 16 C. h. t., l. 5 C. eod., l. 37 D. eod. Seuff. Arch. XIX. 124.

[5] § 30. 32. 33 I. de R. D. 2. 1, l. 7 § 12 l. 9 pr. § 1 D. de A. R, D. 41. 1, l. 11. 16 C. h. t., l. 38 D. h. t.; nach der letzten Stelle bestimmt sich der Sinn der l. 27 § 5 eod. S. Note 11.

[6] Impensae utiles — solche, welche den Nutzen der Sache erhöhen L. 5 § 3 l. 6 l. 14 § 1 D. de imp. 25. 1, l. 79 § 1 D. de V. S. 50. 16, Ulp. VI. 16. Vgl. Leist S. 28—30.

[7] L. 38 D. h. t. „In fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet. Finge et dominum eadem facturum fuisse; reddat impensam, ut fundum recipiat . . Finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus, sepulchris avitis carendum habeat; sufficit tibi permitti, tollere ex his rebus quae possis . . Finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit; nisi reddit, quantum prima parte reddi opportere diximus, eo deducto tu condemnandus es“ Uebereinstimmend l. 25 D. de pign. act. 13. 7, l. 8 D. de impens. 25. 1. Umgekehrt ist eine an und für sich nicht nützliche Verwendung als nützlich zu betrachten, wenn der Eigenthümer die Sache feil hat, l. 29 D. h. t., l. 10 D. de impens. 25. 1. Vgl. auch II § 430 Note 17.

[8] L. 38 cit. „ . . . usque eo duntaxat, quo pretiosior factus est“.

[9] L. 48 D. h. t. In gleicher Weise werden diese Früchte gegen die Zinsen des für nothwendige Verwendungen ausgegebenen Geldes aufgerechnet, l. 65 pr. D. h. t. Den Beweis des Mehrbetrages seiner Verwendungen legt ihm — gewiß mit Unrecht — das Urtheil bei Seuff. XI. 211 auf.

[10] Die Quellen bezeichnen sie als Verwendungen, welche nur dem Vergnügen dienen, impensae voluptuariae oder voluptuosae — l. 7 pr. l. 14 § 2 D. de imp. 25. 1, l. 79 § 2 D. de V. S. 50. 16, Ulp. VI. 17; Leist S. 30. — Dieser Schriftsteller will übrigens (S. 30—40) unter impensae voluptuariae solche verstanden wissen, welche lediglich auf dem individuellen Willen, dem individuellen Behagen (voluptas), des Verwendenden beruhen. Da aber auch die nothwendigen und nützlichen Verwendungen auf dem Willen

redliche Besitzer nur das Recht der Wegnahme[11]. Für das Recht der Wegnahme, mag es von dem redlichen oder dem unredlichen Besitzer geübt werden, gilt näher Folgendes. Es darf durch die Wegnahme die Sache nicht schlechter werden, als sie vor der Verwendung war, und die Wegnahme darf nicht zur Chicane geschehen, d. h. das Recht zu derselben fällt weg, wenn sie entweder dem Besitzer keinen Vortheil gewährt, oder der Eigenthümer den Besitzer für die Vortheile, welche sie ihm wirklich gewährt, in Geld zu entschädigen bereit ist[12].

Unter besonderen Grundsätzen stehen die auf die Gewinnung der Früchte gemachten Verwendungen. Diese werden von dem Betrage der herauszugebenden Früchte abgezogen; wirkliche Frucht ist nur, was nach Abzug des auf ihre Gewinnung Verwendeten übrig bleibt[13].

3. Voraussetzungen.

§ 196.

Die Voraussetzungen des Eigenthumsanspruchs sind im Allgemeinen bereits bezeichnet worden: sie sind in der Person des Berechtigten Eigenthum, in der Person des Verpflichteten Vorenthaltung der Sache[1]. Näher ist hier noch Folgendes zu bemerken.

---

des Verwendenden beruhen, so kommt diese Begriffsbestimmung darauf hinaus, daß impensae voluptuariae solche Verwendungen seien, welche nicht nothwendig und nützlich sind (vgl. S. 31 ob.).

[11] L. 27 § 5 l. 38 D. h. t., l. 9 D. de impens. 25. 1. Abgesehen natürlich von besonderen Verpflichtungsgründen des Eigenthümers, z. B. wenn die Verwendung mit seinem Willen gemacht worden ist.

[12] L. 37. 38 D. h. t., l. 9 D. de imp 25. 1. Seuff. Arch. XIX. 124.

[13] Nur der Netto- nicht der Bruttoertrag. L. 3 § 1 l. 16 D. de imp. 25. 1, l. 46 D. de usur. 22. 1, l. 1 C. de fruct. 7. 51.

[1] Das ältere deutsche Recht verlangte bei beweglichen Sachen außerdem noch unfreiwilligen Verlust des Besitzes („Hand muß Hand wahren"). Dieser Satz gilt aber heutzutage nur noch particularrechtlich. Gerber § 102, Beseler § 86, Stobbe II § 145. 146. Ueber die Gestaltung, welche er im HGB. in Betreff der von einem Kaufmann in seinem Handelsbetriebe veräußerten Sachen gewonnen hat, s. § 165 Note 7 und den das. citirten Aufsatz von Goldschmidt, so wie dessen Handelsrecht I S. 811 fg. Ueber die Vindication von Papieren auf den Inhaber s. daselbst, und Kuntze Inhaberpapiere S. 649 fg., Thöl Handelsrecht I § 55 (5. Aufl. § 231), Beseler § 87 Nr. IV, Stobbe III § 180 Nr. 7. § 196.

1. Zum Beweise des Eigenthums, welcher dem Berechtigten im Bestreitungsfall obliegt[2], gehört auch der Beweis des Eigenthums des Rechtsvorgängers[3]. Behauptet der Beklagte Miteigenthum, so leugnet er damit, daß der Kläger alleiniger Eigenthümer sei, und nöthigt denselben dadurch zum Beweise[4].

2. Die Vorenthaltung der Sache besteht in dem Besitze der Sache ohne den Willen des Eigenthümers. Dieser Besitz braucht kein juristischer zu sein; es kann auch ein Besitz im Namen eines Andern sein[5]. Jedoch kann der Besitzer in fremdem Namen den

[2] L. 9 D. h. t.

[3] L. 20 pr. D. de A. R. D. 41. 1. Wenn der Rechtsvorgänger ebenfalls durch abgeleiteten Erwerb Eigenthümer geworden ist, so ist auch Beweis des Eigenthums seines Rechtsvorgängers erforderlich u. s. w. Bei der Schwierigkeit dieses Beweises (probatio diabolica!) hat man dem Eigenthumskläger, welcher den rechtmäßigen Erwerb bewiesen habe, den Beweis des Eigenthums seines Rechtsvorgängers erlassen wollen (so zuerst Thibaut Arch. f. civ. Pr. VI. S. 311 fg. [1823], dessen Idee dann von Anderen aufgenommen worden ist, zuletzt von Brinz S. 246 [2. Aufl. I S. 652] und Pagenstecher S. 143 fg.; nähere Literaturangaben bei Schmid § 15 Note 145, Vangerow I § 332 Anm. 1), aus Gründen, welche keine Beweiskraft haben. Aber freilich hat der Kläger, welcher Eigenthum behauptet hat, unter Umständen mehr behauptet, als zu seinem Siege erforderlich ist (Publiciana actio); darf sich der Richter nicht auch mit dem Beweise des Geringeren (des rechtmäßigen Erwerbes) begnügen und auf die Klage als Publiciana actio erkennen? Das ist eine processualische Frage; vgl. darüber Sintenis I § 53 Note 16, Lang Handb. des im KR. Württemberg geltenden Sachenrechts § 61 Note 3.

[4] Arndts Rhein. Museum III. 12 (S. 215 fg.).

[5] L. 9 D. h. t. Uebrigens ist der Satz, daß auch der Besitzer in fremdem Namen dem Eigenthumsanspruch hafte, kein unbestrittener. Vgl. Schmid § 15 Note 33, und aus der neueren Zeit Emminghaus Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII S. 427 fg. und Arch. f. prakt. RW. N. F. V S. 124 fg. Seuff. Arch. XXXIX. 10; XVIII. 48, XXXVII. 8. Vgl. noch Seuff. Arch. XX. 104. — Geht der Eigenthumsanspruch gegen den Besitzer in fremdem Namen, so geht er auch gegen denjenigen, welcher im Namen gerade des Eigenthümers besitzt, und trotz der Verweigerung der Herausgabe in dessen Namen zu besitzen fortfährt, wenn er z. B. die Herausgabe der Sache nur zur Zeit verweigert, oder bis zur Befriedigung eines Gegenanspruchs (vgl. l. 20 D. de A. v. A. P. 41. 2). Da nun in diesem Falle der juristische Besitzer der Sache der Eigenthümer selbst ist, so ergibt sich, daß der Eigenthumsanspruch auch mit Besitz des Eigenthümers verträglich ist. Dieß ist die älteste Erklärung des „berüchtigten" unus casus des § 2 I. de act. 4. 6, welche in der neueren Zeit namentlich von Fritz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. I S. 47 fg. (1845) und XVIII S. 457 fg., XIX S. 116 fg. (1861) vertheidigt worden

Eigenthumsanspruch durch Hinweisung auf die Person des juristischen Besitzers von sich abwenden[6]. Leugnet der Besitzer den Besitz fälschlich ab, so wird auf geführten Beweis der Besitz ihm genommen und auf den Kläger übertragen[7].

3. Der Eigenthumsanspruch erfordert zu seiner Entstehung Besitz des Gegners nicht nothwendig. Derjenige, welcher sich, ohne zu besitzen, unter dem Vorgeben, daß er besitze, auf den Eigenthumsstreit einläßt, wird verurtheilt, als wenn er besäße[8]. Ebensowenig setzt die Fortdauer des Eigenthumsanspruchs nothwendig Fortdauer des Besitzes voraus; hierüber ist das Nähere bereits in § 193 gesagt worden.

---

ist. Es sind aber sehr verschiedene Meinungen über diesen unus casus aufgestellt worden; s. Fritz a. a. O. und Vangerow I § 332 Anm. 3 Nr. III. 3, auch Ihering Geist des röm. R. III S. 67 Note 53. Neuestens: Ubbelohde Zeitschr. f. gesch. RW. XIII S. 301 fg. (Mittheilung einer Ansicht Francke's), Dernburg I § 224 Note 9.

[6] S. g. laudatio oder nominatio auctoris. Will der juristische Besitzer den Proceß nicht übernehmen, so darf der Beklagte dem Klagantrag genügen und es dem juristischen Besitzer überlassen, nun seinerseits als Kläger aufzutreten. Hierfür ist gegenwärtig CPO. § 73 maßgebend. Mandry S. 364 fg. Das frühere gemeine Recht beruhte auf l. 2 C. in ubi rem 3. 19 (wiederholt in c. 5 § 7 X. ut lite non cont. 2. 6), die nur von unbeweglichen Sachen spricht. Frühere gemeinrechtliche Literatur: Briegleb summarische Processe § 64 (1859), Emminghaus Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII S. 421 fg. (1861), Wieding der Justinianische Libellproceß S. 628 fg. (1865), Emminghaus Arch. f. prakt. RW. N. F. V S. 124 fg. (1868), Bolgiano ges. Abhandlungen aus dem Gebiete des gem. deutsch. Civilprocesses Nr. I (1869, dazu Schütze krit. VJSchr. XI S. 572 fg.), Wetzell Civilproc. § 7 Nr. 3, Vangerow I § 332 Anm. 3. Kierulff Entscheid. d. OAG. zu Lübeck 1867 S. 1020 fg.

[7] L. 80 D. h. t. Vgl. Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. IX S. 28 fg. Seuff. Arch. XIII. 209. L. Seuffert Arch. f. civ. Pr. LXVII S. 333 fg. sucht auszuführen, daß dieser Satz mit dem Recht der Reichscivilproceßordnung nicht verträglich sei.

[8] Der zweite Fall der s. g. ficta possessio (§ 193 Note 8). L. 25—27 pr. D. h. t.; vgl. l. 13 § 13 l. 45 D. de H. P. 5. 3. Der Anspruch ist, wie der Anspruch gegen denjenigen, qui dolo desiit possidere, eigentlich ein Strafanspruch; er geht wie dieser auf das volle Interesse, und seine Befriedigung enthält ebensowenig, wie die Befriedigung des genannten Anspruchs, eine Abfindung des Eigenthümers (l. 7 D. h. t.). Vgl. Wetzell Vindicationsproceß § 28, Vangerow I § 332 Anm. 3 Nr. III. 1. a, Schmid S. 280 fg., Francke Commentar zum Pandektentitel de Hereditatis Petitione S. 174 fg.

4. Einreden.

§ 197.

Unter den Einreden, welche dem Eigenthumsanspruch entgegenstehen können, sind hier hervorzuheben: 1) die Einrede der Verwendung (§ 195); 2) die Einrede, daß dem Besitzer ein dingliches Recht an der Sache zustehe, kraft dessen er dieselbe zurückbehalten dürfe[1]; 3) die Einrede, daß, wenngleich dem Besitzer kein dingliches Recht an der Sache zustehe, der Eigenthümer dennoch verpflichtet[1a] sei, dem Besitzer die Sache zu lassen. Was diese letztere Einrede angeht, so ist noch besonders hervorzuheben der

§ 197. [1] Z. B. Nießbrauch, Pfandrecht. Nach Justinian's Vorschrift in Nov. 18 c. 10 soll der Besitzer, wenn er das Eigenthum des Klägers bestritten und diesen dadurch zum Beweise genöthigt hat, sich auf ein vom Kläger hergeleitetes dingliches Recht nur nach vorgängiger Herausgabe des Besitzes an den Kläger berufen dürfen. Auch von diesem Satz behauptet L. Seuffert (§ 196 Note 7), daß er mit dem heutigen Civilproceßrecht unverträglich sei. Ebenso Dernburg I § 227 Note 1. — Die Nov. 18 c. 10 ist vielfach mißverstanden worden. 1) In auffallender Weise dahin, daß sie nicht von einem vom Kläger hergeleiteten dinglichen Recht, sondern von einem dinglichen Recht überhaupt rede. Nach dieser Auffassung wird der Grund der Vorschrift nicht in dem Widerspruch, in welchen der Beklagte sich durch eine Behauptung der bezeichneten Art mit sich selbst setzt, sondern in der Verspätung des Vorbringens gefunden. Vgl. Glück VIII S. 225, Thibaut System II § 710, Puchta § 168. c, Sintenis I § 52 Note 16, Sell dingl. Rechte S. 361—363, Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. IX S. 48, Schmid I S. 332. Das richtige Verständniß in dieser Beziehung bei Gesterding Lehre vom Eigenthum S. 369, Keller S. 278, Vangerow I § 332 Anm. 1 a. E. in der 7. Aufl., Wetzell Civilpr. § 30 Nr. I. 1. Nach jener unrichtigen Auffassung wäre die Vorschrift für den früheren gemeinen Proceß gegenstandslos gewesen (Eventualmaxime), und wäre ihre Nichtgeltung nach der CPO. (§ 251) unzweifelhaft. 2) Ganz allgemein (und auch in den früheren Auflagen dieses Lehrbuchs vertreten) ist die Auffassung, daß die Novelle vorschreibe, der Beklagte müsse nach Herausgabe des Besitzes das von dem Kläger hergeleitete Recht in einem neuen Proceß geltend machen. Hiergegen L. Seuffert a. a. O. In der That bietet die Novelle keinen Anhalt für diese Annahme, ja in den Worten: dum causa dicitur (*καὶ λεγομένης ἔτι τῆς δίκης*) einen Gegenbeweis. 3) Die Auth. *Item possessor* C. qui pot. versteht die Novelle nicht von der rei vindicatio, sondern von der actio hypothecaria. Sie ist auch von der actio hypothecaria zu verstehen. Vgl. § 235 Note 26.

[1a] Was gegen diesen Ausdruck Huschke Arch. f. civ. Pr. LXII S. 342 Note 19 bemerkt, bedarf keiner Widerlegung, aber der Ton der Bemerkung bedarf der Zurückweisung.

Fall, wo die Verpflichtung ihren Grund darin hat, daß der Eigenthümer die Sache selbst zu Eigenthum übergeben hat[2], unter Umständen, welche zwar den Uebergang des Eigenthums ausschlossen, nicht aber seine Verpflichtung, zu der abgegebenen Erklärung zu stehen[3]. In diesem Falle geht die Einrede[4] activ und passiv nicht bloß auf die Gesammtnachfolger, sondern auch auf die Sondernachfolger über[5]. Der Hauptfall, welcher hierher gehört, ist der, wo der Eigenthümer zu einer Zeit die Sache zu Eigenthum übergeben hat, wo er noch nicht Eigenthümer war[6].

[2] Gegensatz: er hat die Sache vermiethet, verliehen, oder auch verkauft, verschenkt, aber ohne Besitzübergabe (s. Note 6). Vgl. Seuff. Arch. VI. 149. Vgl. noch Ziebarth die Obligation und die Realexecution S. 40 fg., und gegen denselben Degenkolb krit. VJSchr. IX S. 221 fg.

[3] Ist aus der Eigenthumsübergabe nicht einmal eine Verpflichtung dieser Art entstanden, so fällt auch die Einrede weg, vergl. die in § 172a Note 2 citirten Stellen.

[4] Die Bezeichnung derselben als exceptio rei venditae et traditae (Dig. 21. 3 de exceptione rei venditae et traditae) ist von einem Hauptfalle hergenommen; Kauf ist nicht nothwendig. Die Einrede konnte auch als exceptio doli gefaßt werden, und als solche wird sie in anderen Stellen bezeichnet. Besondere Literatur: Michelsen de exceptione rei venditae et traditae (1824). v. Buchholtz Versuche Nr. 13 (1831). Wiebeking über die exceptio rei venditae et traditae nach älterem und neuerem röm. R. (1847). Voigt ius naturale etc. IV S. 506 fg. (1871). Leonhard Jahrb. f. Dogm. XVII S. 183 fg. (1879). Glück XX S. 434 fg., Vangerow I § 334 Anm. Nr. 3, Dernburg I § 216.

[5] L. 3 D. h. t., l. 2 eod., l. 4 § 32 D. de doli exc. 44. 4, l. 72 D. de R. V. 6. 1.

[6] L. 1 pr. l. 2 D. h. t., l. 4 § 32 D. de doli exc. 44. 4, l. 72 D. de R. V. 6. 1, l. 17 D. de evict. 21. 2. Diesem Fall steht gleich der Fall, wo dadurch in derselben Person Eigenthum und Eigenthumsübergabe zusammenkommen, daß der Eigenthümer Gesammtnachfolger des Uebergebenden wird, l. 1 § 1 D. h. t., l. 73 D. de evict. 21. 2, l. 14 C. de R. V. 3. 32, l. 14 C. de evict. 8. 44 [45]. Tritt nicht nach heutigem Recht durch den Eigenthumserwerb des Uebergebenden Convalescenz der Eigenthumsübertragung ein? Leonhard a. a. O.: entweder war schon die vom Prätor gewährte Rechtsstellung bonitarisches Eigenthum, welches durch l. un. C. de nudo iure Quir. toll. civilrechtliches geworden ist, oder es liegt hier eine Unvollkommenheit der Entwickelung vor, welche durch Gesetzgebung zu beseitigen ist. S. auch Demelius Grünhut's Zeitschr. IX S. 318 fg., Dernburg I S. 296. — Ein anderer hierher gehöriger Fall ist der, wo die Eigenthumsübergabe unter einer aufschiebenden Bedingung erfolgt ist, l. 7 § 3 D. de I. D. 23. 3. Dagegen darf hierher nicht auch der Fall gestellt werden, wo ohne Besitzübergabe verkauft worden ist.

Uebrigens ist die letztgenannte Einrede nicht die einzige Einrede, welche auf die Sondernachfolger übergeht[7].

B. Der Eigenthumsanspruch wegen Eingriffs*.

§ 198.

Unter Eingriff in das Eigenthumsrecht wird hier eine Verletzung des Eigenthumsrechts verstanden, welche nicht in der Entziehung des Besitzes der Sache besteht. Eine solche Verletzung kann positiver Natur sein, indem gegen den Willen des Eigenthümers auf die Sache eingewirkt wird, oder negativer, indem der Eigen-

Zwar ist von diesem Falle in unserem Titel die Rede (l. 1 § 5); aber dasjenige, worin gerade das Charakteristische der exc. rei venditae et traditae besteht, der Uebergang auf die Sondernachfolger fällt hier weg, wie l. 9 § 4 D. de Publ. 6. 2 beweist, vgl. auch l. 15 C. de R. V. 3. 32, l. 6 C. de H. v. A. V. 4. 39. Ebensowenig darf meiner Ansicht nach der Fall hierher gezogen werden, wo der Uebergebende einen Andern für den Eigenthümer hält, so daß sein Wille nur auf die Uebertragung des Eigenthums dieses Andern, welches nicht bestand, nicht aber auf die Uebertragnng des ihm selbst zustehenden Eigenthumsrechts gerichtet war (l. 49 D. de mand. 17. 1, l. 10 D. de distr. pign. 20. 5). Eben deßwegen, weil sein Wille auf den Uebergang eines nicht bestehenden Eigenthumsrechts gerichtet war, ist er durch seine Eigenthumsübertragungserklärung auch nicht einmal gebunden; er haftet nur aus dem Geschäft, kraft dessen er die Eigenthumsübertragung gemacht hat, also ohne Uebergang der Einrede auf die Sondernachfolger. — Consens zu der Eigenthumsübertragung eines Andern verpflichtet (vorausgesetzt, daß der Erwerber nicht in Folge des Consenses Eigenthümer geworden sein sollte, Brinz Arch. f. civ. Pr. LXIII S. 357 fg., Scialoja Arch. giuridico XXV p. 382 s.) wie eigene Eigenthumsübertragung, l. 1 § 2. 3 D. h. t., l. 7 § 6 D. pro emt. 41. 4, vgl. l. 49 i. f. D. mand. 17. 1, l. 14 D. de Publ. 6. 2. Ein solcher Consens liegt auch in der Uebernahme einer Bürgschaft für die von einem Andern gemachte Eigenthumsübertragung, l. 11 C. de evict. 8. 44 [45]; jedoch soll in diesem Fall die Einrede dem den Bürgen beerbenden Eigenthümer nicht entgegenstehen, l. 31 eod. — Exceptio rei venditae et traditae bei unterlassener Eintragung des neuen Erwerbers in das Grundbuch? Arndts krit. Ueberschau V S. 93—100, Stobbe Jahrb. f. Dogm. XII S. 238. 254 und deutsch. Privatr. II § 95 Note 9, Dernburg Preuß. Privatr. I § 243. II. 1, Leonhard a. a. O. S. 221. Seuff. Arch. VI. 145. Preuß. Gesetz vom 5. Mai 1872 § 7 Abs. 2.

[7] S. die Citate in § 172 Note 24.

* Dig. 7. 6 si ususfructus petatur vel ad alium pertinere negetur. 8. 5 si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur. — Schmidt (von Ilmenau) Zeitschr. f. gesch. RW. XV S. 149 fg. (1850). H. Pernice

thümer in der freien Verfügung über die Sache gehindert wird[1]. Der Anspruch, welcher aus einer Verletzung dieser Art entsteht, ist gerichtet: auf Beseitigung des das Eigenthumsrecht beinträchtigenden Zustandes, wenn ein solcher durch den Eingriff herbeigeführt worden ist[2], und zwar gegen den Urheber des Eingriffs auf Beseitigung durch ihn und auf eigene Kosten[3], gegen den dritten Besitzer auf Gestattung der Beseitigung durch den Eigenthümer[4]; ferner auf Ersatz des dem Eigenthümer durch die Schuld des Urhebers des Eingriffs erwachsenen Schadens[5]; endlich kann der Verletzte verlangen, daß ihm durch das richterliche Urtheil

commentationes iuris Romani duae, comm. II (1855). H. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII S. 378 fg. (1856). Hesse Rechtsverhältnisse der Grundstücksnachbarn II S. 8 fg. 2. Aufl. S. 263 fg. (1861. 1880) und Jahrb. f. Dogm. VIII S. 82 fg. (1866). Vgl. auch Voß Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 43 fg. (1884). Schmid I § 17, Pagenstecher III S. 182—192. Sintenis I S. 520—530, Vangerow I § 353. Keine Beachtung verdient die Schrift von K. J. Seitz: Zur Kritik der heutigen Negatorien- und Confessorienklage ꝛc. (Jena 1873). In dieser Schrift wird ausgeführt, daß negatorisch und confessorisch aus jedem Rechte, oder doch fast jedem Rechte geklagt werden könne, jenes zur Abwehr von Eingriffen in den dem Rechte entsprechenden factischen Zustand, wenn er vorhanden sei, dieses zur Herstellung des dem Rechte entsprechenden Zustandes, wenn er nicht vorhanden sei.

[1] Beispiele: § 2 I. de act. 4. 6, l. 8 § 5 l. 9 pr. i. f. l. 11. 13. 14 pr. § 1 l. 17 pr. § 2 D. si serv. 8. 5, l. 36 D. de S. P. U. 8. 2, l. 29 § 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 2 D. de arb. caed. 43. 27, l. 6 § 2 D. arb. furt. caes. 47. 7, l. 4 § 7 D. si serv. 8. 5, l. 15 D. de O. N. N. 39. 1. Vgl. Seuff. Arch. I. 218, X. 18. 169. 259, XXI. 16. 17. 19, XXIII. 210, XXIX. 10, XXXII. 15. 208, XXXIII. 4. 5. Bl. f. RAnwend. in Bayern XXXVIII. S. 405 fg. Entsch. d. RG. XII S. 173. § 198.

[2] L. 14 pr. D. si serv. 8. 5: — „agere tecum potero, ut ea, quae nova immiseris, tollas". L. 17 § 2 eod. S. auch die übrigen in der vorigen Note citirten Stellen.

[3] L. 14 pr. l. 17 § 2 D. si serv. 8. 5 und arg. l. 9 C. de serv. 3. 34. Jhering Jahrb. f. Dogm. VI S. 97 fg. bestreitet dieß, wenn nicht vorher vom Eigenthümer Einspruch erfolgt sei. S. dagegen die citirten Stellen und Hesse das. S. 433, Stölzel operis novi nunciatio S. 90 fg.

[4] Seuff. Arch. XXI. 18. Blätter f. RAnwend. zun. in Bayern XXXV S. 405 fg.

[5] Ungenau ist es, wenn häufig schlechthin gesagt wird, die actio negatoria gehe auf Schadensersatz. Ersatz eines Schadens, auf dessen Ersatz nach allgemeinen Grundsätzen ein Anspruch nicht begründet ist, kann auch mit der actio negatoria, d. h. auf Grund des bloßen Eigenthumsrechts, nicht begehrt werden. Von der andern Seite versteht es sich sowohl für das heutige Recht

Sicherheit gegen Wiederholung der Verletzung verschafft werde[6]. Daß der Gegner sich ein Recht zu seinem Verhalten zuschreibe, ist Voraussetzung des Anspruchs nicht[7], obgleich es naheliegend ist, daß der Gegner dieß thue: thut er es, so wird natürlich im Processe der Eigenthümer dieser Behauptung entgegentreten, und das Urtheil, welches gesprochen wird, wird, wenn es zu Gunsten des Eigenthümers ausfällt, gesprochen werden auf Grund der Entscheidung, daß dem Beklagten das von ihm in Anspruch genommene Recht nicht zustehe[8]. Ein Urtheil des Inhalts, daß dem

---

von selbst, daß, wenn ein Schadensersatzanspruch begründet ist, derselbe nicht in einer besonderen Klage geltend gemacht zu werden braucht, als auch bereits nach römischem Recht die Natur der actio negatoria als actio arbitraria eine besondere Anweisung des Judex auf Berücksichtigung des Schadensersatzanspruchs unnöthig machte. Vgl. zu dem Gesagten einerseits l. 17 § 2 D. si serv. 8. 5, l. 29 D. de S. P. U. 8. 2, andererseits l. 4 § 2 D. si serv. 8. 5 und arg. l. 5 C. de serv. 3. 34. Jhering das Schuldmoment im röm. Privatr. S. 26. 50—51, Burckhard Cautio damni infecti S. 238 fg., Pernice Labeo II S. 260. Vgl. Seuff. Arch. XXI. 213, XXXII. 15, vgl. auch XXXVIII. 106. Blätter f. RAnwend. zun. in Bayern XXXV S. 405 fg. Entsch. des RG. VI S. 221 (Seuff. Arch. XXXVIII. 9). A. M. Westrum in Magaz. f. d. deutsche R. der Gegenwart IV S. 23 fg. Seuff. Arch. XIV. 208, XXI. 16.

[6] L. 12 D. si serv. 8. 5. „Egi, ius illi non esse, tigna in parietem meum immissa habere: an et de futuris non immittendis cavendum est? Respondi: iudicis officio contineri puto, ut de futuro quoque opere caveri debeat". L. 7 eod. Statt der römischen Caution tritt heutzutage nach CPO. § 775 eine Strafdrohung im Urtheil ein. (So auch schon das frühere gemeine Recht, auf Grund des § 162 des J. R. A. Wetzell Civilproc. § 46 Note 43. 44.)

[7] Dieß wird heutzutage fast allgemein anerkannt. Vgl. Witte a. a. O. S. 409, Schütze Jahrb. d. gem. R. VI S. 78. Seuff. Arch. VIII. 94, X. 18; XVI. 11, XXI. 210, XXVIII 12, XXXIII. 203, XXXIV. 99. 100. 279, XXXV. 187, vgl. IX. 267, übrigens auch XXI. 17, XXVIII. 115. A. M. auch Dernburg I § 256.

[8] In diesem Sinne nennen die Quellen die Klage des Eigenthümers wegen Eingriffs actio negatoria oder negativa, und bezeichnen sie geradezu als Servitutenklage. L. 2 pr. l. 4 § 7 D. si serv. 8. 5, § 2 I. de act. 4. 6. L. 2 cit. „De servitutibus in rem actiones competunt nobis . . tam confessoria, quam negatoria; confessoria ei, qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino qui negat". S. auch die in Note * citirten Titelrubriken. — Man hat auf Grund dieser Stellen behauptet (Fritz Erläuterungen I S. 365—367, Schmidt a. a. O. S. 170—175, Brinz S. 236. 237 (2. Aufl. S. 665), Hesse a. a. O., Bethmann-Hollweg röm. Civilproz.

Gegner ein Recht zum Eingriff nicht zustehe, kann aber auch begehrt werden, ohne daß ein Eingriff bereits erfolgt ist[9]; so wie andererseits möglicherweise auch dem Besitzer der Sache gegenüber, wenn nämlich derselbe sich für seinen Besitz nicht auf Eigenthumsrecht, sondern auf ein sonstiges Recht beruft, darauf geklagt werden kann, daß ihm dieses Recht nicht zustehe[10]. In dem ersten Falle ist das Urtheil außer der Entscheidung, daß dem Beklagten das von ihm in Anspruch genommene Recht nicht zustehe, keines andern Inhaltes fähig, als etwa der Anordnung von Sicher-

II S. 255, Eck doppelseitige Klagen S. 22), daß nur ein solches Verhalten die actio negatoria begründe, welches den Inhalt einer Servitut (Hesse fügt hinzu: oder ein servitutähnliches Verhältniß) zu bilden im Stande sei. Dagegen Schmid S. 370. 371, Vangerow I S 768. 769 (7. Aufl.). Eine mittlere Meinung (Witte S. 409 fg.) verlangt einen Eingriff, welcher möglicherweise auf irgend einem Rechte, dinglichem oder persönlichem, beruhen kann. Man bemerke über diese Frage Folgendes. Beseitigung eines sein Eigenthum verletzenden Zustandes kann der Eigenthümer auf Grund seines Eigenthums gewiß verlangen, mag dieser Zustand den Gegenstand einer Servitut oder überhaupt eines Rechts zu bilden im Stande sein, oder nicht; oder muß er ihn etwa dulden? Ein Antrag dagegen auf einen richterlichen Spruch des Inhalts, daß dem Gegner ein Recht zu dem, was er thut, nicht zustehe, hat Sinn nur dann, wenn ein Recht dieses Inhalts überhaupt möglich ist. Unter dieser Voraussetzung ist aber der Antrag auch in dem Fall, wo das Recht, gegen welches er sich richtet, keine Servitut ist, zulässig als Präjudicialklage (Feststellungsklage). Vgl. § 45 Note 8. Man hat sich in dieser Streitfrage von Seiten der Gegner namentlich auch auf l. 8 § 6 D. si serv. 8. 5 bezogen. Nach dem zuvor Gesagten könnte immerhin zugegeben werden, daß diese Stelle die negatoria ausschließen wolle; sie will aber in der That die confessoria ausschließen, nach dem Gesichtspunkt der l. 5 pr. D. si usufr. 7. 6 (Note 13). Seuff. Arch. XXI. 17. 210. 211, XXVIII. 247, XXXII. 19, vgl. auch XXXI. 311.

[9] L. 5 § 6 D. si usufr. 7. 6 (Note 11). Seuff. Arch. IX. 260, XII. 247, XIV. 273, XXVIII. 200, XXXI. 205. 304. Vgl. auch Zimmermann Arch. f. prakt. RW. II S. 311 fg. Die Präjudicialnatur der Klage tritt hier rein hervor. Uebrigens war der aufgestellte Satz für das frühere gemeine Recht nicht allgemein anerkannt. S. Schmid § 17 Note 7, Hesse Rechtsverh. S. 19 fg. und Jahrb. S. 105 fg. 122 fg. Seuff. Arch. XX. 105. — Wie ist es, wenn der Gegner nicht ein Eingriffsrecht, sondern Eigenthum in Anspruch nimmt? Vgl. Bl. f. RAnwend. zun. in Bayern XXXVIII. S. 305 fg. 321 fg. Seuff. Arch. IX. 238; XX. 105.

[10] S. z. B. gegen den besitzenden Nießbraucher, l. 5 § 6 cit. Die actio negatoria concurrirt in diesem Falle mit der rei vindicatio, vgl. z. B. l. 1 § 4 D. de superfic. 43. 18.

heitsmaßregeln gegen Beunruhigung des Eigenthümers[10a], während in dem zweiten Fall der fernere Inhalt des Urtheils sich ganz nach den in § 193 fg. entwickelten Grundsätzen bestimmt[11]. Unter allen Umständen aber ist der Grund des Anspruchs und der Klage das Eigenthumsrecht[12] — auch wenn die Klage auf Nichtdürfen gerichtet ist nicht das Nichtdürfen des Gegners als solches, sondern sein Nichtdürfen auf Grund des dem Berechtigten

---

[10a] Vgl. Degenkolb Einlassungszwang und Urtheilsnorm S. 197 Anm. 1

[11] L. 5 § 6 cit. „Sicut fructuario in rem confessoria agenti fructus praestandi sunt, ita et proprietatis domino, si negatoria actione utatur: sed in omnibus ita demum, si non sit possessor qui agat (nam et possessori competunt): quod si possident, nihil fructuum nomine consequentur. Quid ergo officium iudicis erit, quam hoc, ut securus consequatur fructuarius fruendi licentiam, proprietatis dominus, ne inquietetur"?

[12] Dieß muß um so bestimmter hervorgehoben werden, als die intentio der römischen formula nicht, wie bei der rei vindicatio, auf das klägerische Eigenthumsrecht als solches, sondern direct auf das daraus hergeleitete Nichtdürfen des Beklagten (bez. das Verbietungsrecht des Klägers, oder auch das Dürfen des Klägers gegen den Willen des Beklagten) gestellt war. Vgl. darüber, sowie über die Frage, ob nicht der Ausdruck negatoria actio viel mehr eine formale, als eine materielle Bedeutung gehabt habe (so daß also auch die Klage aus einer negativen Servitut negatoria gewesen wäre, und die Klage des Eigenthümers gegen Verhinderung in der eigenen Verfügung über seine Sache confessoria): Vangerow § 353 Anm. 1 z. A., Schmidt S. 154—155. 159—164, Pernice p. 134—162, Witte S. 386—408, Keller § 184, neuerdings Schmidt krit. VJSchr. VII S. 294 fg., auch Jhering Geist des röm. R. III S. 83—85. Ueber die Frage, ob es eine auf das Verbietungsrecht des Klägers gestellte Fassung (actio prohibitoria) gegeben habe, s. Zachariae Zeitschr. f. gesch. RW. XII S. 258 fg (1845), Stephan das. XIV S. 274 fg. (1848), Schmidt S. 163—169, Pernice p. 162—173, Witte S. 391—393, Hesse Jahrb. f. Dogm. VIII S. 60 fg. (1866), Karlowa der röm. Civilproc. zur Zeit der Legisactionen S. 93 fg. (1872), Lenel Zeitschr. d. Sav.-Stift. II S. 72 fg. (1881), derf. Edictum perpetuum S. 149 fg. (1883). — Ueber die Frage, ob die actio negatoria auch auf Grund des Miteigenthums gegen den Miteigenthümer erhoben werden kann, s. einerseits l. 26 de S. P. U. 8. 2, l. 4 D. de serv. leg. 33. 3, l. 3 § 1. 2 D. de O. N. N. 39. 1, andererseits l. 11 D. si serv. 8. 5. Vgl. Stölzel die Lehre von der operis novi nunciatio S. 95 und die das. Citirten, Brinz S. 237 (2 Aufl. I S. 666), Schneider in Sell's Jahrb. I S. 403 fg., Hesse Jahrb. f. Dogm. VIII S. 60 fg., Steinlechner Miteigenthum S. 180 fg., Rümelin Theilung der Rechte S. 52 fg.

zustehenden Eigenthumsrechts[13]. Deßwegen liegt dem Kläger kein anderer Beweis ob, als der Beweis[14] seines Eigenthumsrechts[15]; das Nichtdürfen des Gegners folgt daraus so lange, bis dieser sein Dürfen einredeweise dargethan hat[16].

[13] L. 5 pr. D. si usufr. 7. 6. „Uti frui ius sibi esse, solus potest intendere, qui habet usumfructum; dominus autem fundi non potest, quia, qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet. Nec enim potest ei suus fundus servire; de suo enim, non de alieno iure quemque agere oportet. Quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videtur, quam alieno, cum invito se negat ius esse utendi fruendi fructuario, vel sibi ius esse prohibendi. Quod si forte, qui agit, dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius ius utendi non habet, vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant".

[14] Aber auch wirklicher Beweis; es genügt nicht bloße Bescheinigung. Puchta im Rhein. Mus. I S. 165 fg.

[15] Eine noch immer sehr bestrittene Frage, obgleich in der neueren Zeit sich die überwiegende Anzahl der Schriftsteller auf die Seite der hier vertheidigten Meinung gestellt hat, so Puchta § 172. e, Arndts § 169 Anm. 4, Vangerow I § 353 Anm. 2, Sintenis I § 52 Note 57, Schmid S. 373 fg., Pagenstecher S. 184, Schmidt S. 169, Pernice p. 180 sq., Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIV S. 131 fg., Eck doppelseitige Klagen S. 23, Bekker Aktionen I S. 216, Wächter II S. 191, Dernburg S. 616. Seuff. Arch. I. 409, VIII. 94, IX. 260, X. 139, XV. 102, XVII. 211, XIX. 19. 125 Nr. II, XX. 14, XXI. 102. Die Meinung, daß der Kläger außer seinem Eigenthum auch das Nichtrecht des Beklagten beweisen müsse, ist in der neueren Zeit wieder vertheidigt worden von Duroi Arch. f. civ. Pr. XL S. 24 fg. (1830, vgl. Seuff. Arch. XIX. 125 Nr. 1) und Pape Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVI S. 194 fg. (1842). Eine mittlere Meinung verlangt diesen Beweis vom Kläger in dem Fall, wo der Beklagte im Besitz sei; für dieselbe hat sich in der neuesten Zeit wieder erklärt (unter sehr lebhafter Bestreitung der ersten) Brinz S. 238—242 (2. Aufl. I S. 666—669), s. auch Heise Arch. f. civ. Pr. XL S. 50 fg. (1830), Reuter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII S. 446 fg. (1855), und vgl. Hedemann Erwerb und Schutz der Servituten S. 140—145; dafür auch Seuff. Arch. I. 17. 18, II. 142, XV. 102 Nr. IV. Noch eine andere Mittelmeinung bei Glück X S. 254 fg.

[16] Es ist nicht richtig, zu sagen, daß für die Unbeschränktheit des Eigenthums eine Präsumtion spreche, als wenn es statistisch feststände, daß es mehr unbeschränkte, als beschränkte Eigenthumsrechte gebe. Aber es ist richtig, zu sagen, daß das Eigenthumsrecht als solches die Befugniß zum Ausschluß eines jeden fremden Willens in Betreff der Sache in sich trägt. Damit ist, wie mir scheint, die Frage erledigt. Jedenfalls müßten gegen diese Instanz bessere Argumente beigebracht werden, als sich aus l. 15 D. de O. N. N. 39. 1, l. 5 § 10 D. eod., l. 45 D. de damno inf. 39. 2 entnehmen lassen, aus welchen

Der Anspruch des redlichen Erwerbers*.

§ 199.

Gleiches Recht, wie das Eigenthum gegen Jedermann, gewährt der redliche Erwerb einer Sache, auch wenn er nicht mit Eigenthum verbunden ist, gegen denjenigen, welcher nicht wenigstens gleichviel für sich anführen kann[1]. In den Quellen ist dieß zwar ausdrücklich nur für den Anspruch wegen Vorenthaltung gesagt[2]; es unterliegt aber keinem Zweifel, daß es in ihrem Sinne auch

Stellen allerdings hervorgeht, daß der Negatorienkläger beweisen, nicht aber, daß er das Nichtrecht des Beklagten beweisen muß, oder aus l. 8 § 3 D. si serv. 8. 5, welche nur sagen will, welche der beiden bei einem Streit über eine Servitut sich gegenüberstehenden Personen als Kläger aufzutreten Veranlassung, aber nicht, was eine jede von ihnen zu beweisen die Pflicht habe. Vgl. auch l. 5 pr. D. si usufr., welche aus der negatoria actio alles „agere de alieno iure" ausschließt, ferner l. 7 D. de aqua 43. 20, l. 10 C. de pign. act. 4. 24.

* Dig. 6. 2 de Publiciana in rem actione. — Obrock de Publiciana in rem actione (1843). O. Mayer die iusta causa bei Tradition und Usucapion S. 89—108. 128 fg. (1871). Gimmerthal die Publicianische Klage und die Mancipation (1872, vgl. über diese Schrift unten Note 11 a. E. und Hölder krit. VJSchr. XVI S. 549 fg., Bechmann Kauf I S. 47.) Schulin über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio (1873, vgl. unten Note 14). Huschke das Recht der Publicianischen Klage (1874). Darüber Schulin krit. VJSchr. XVIII S. 526 fg. Gesterding S. 381—399, Schmid I § 16, Pagenstecher III S. 193—207. Glück VIII S. 311 fg., Sintenis I § 53, Vangerow I § 335.

§ 199. [1] Vgl. Deurer über den Schutz des relativ besseren Rechts in Jahrb. f. Dogm. I S. 221 fg. (1857), Sintenis I § 53 Note 8, Bruns Jahrb. d. gem. R. IV S. 8—21 (gegen Delbrück die dingliche Klage des deutschen Rechts § 3), Ziebarth die Realexecution und die Obligation S. 109. Ueber den viel weiter gehenden Anspruch, welchen diese beiden letzteren Schriftsteller dem römischen Anspruch aus redlichem Erwerb für das heutige Recht substituiren wollen, s. § 162a Note 8. Doch hält Delbrück (§ 66) den Gedanken der Publiciana insofern aufrecht, als er den Kläger aus titulirtem Besitz auch über den älteren (nicht titulirten) Besitzer siegen läßt, während Ziebarth S. 279 fg. auch dieses bestreitet.

[2] S. § 4 I. de act. 4. 6. Der Satz ist prätorischen Ursprungs; die durch das prätorische Edict gewährte actio ist die Publiciana in rem actio. Von der Publiciana actio heißt es: „Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit" (l. 7 § 6 D. h. t.), und: „in Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus" (l. 7 § 8 eod.).

für den Anspruch wegen Eingriffs behauptet werden muß[3]. Die näheren Grundsätze sind folgende.

1. Unter redlichem Erwerb wird hier das Gleiche verstanden, wie in der Lehre von der Ersitzung (§ 176—179). Es ist also erforderlich eines Theils der gute Glaube, d. h. die redliche Ueberzeugung, daß man sich die Sache aneignen dürfe[4], andern Theils, daß dieser gute Glaube in den vorliegenden Thatsachen seine Rechtfertigung finde. Dieses Letztere setzt auch hier, wie bei der Ersitzung, regelmäßig das wirkliche Vorhandensein einer Eigenthumserwerbthatsache voraus[5]; aber nothwendig ist das Vor-

[3] Dieß wird nach dem Vorgang von Puchta Rhein. Mus. I S. 182 fg. jetzt fast allgemein anerkannt. Vgl. Jhering Abhandlungen S. 107, H. Pernice Commentationes duae p. 196 fg., H. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIV S. 157 fg., Vangerow I § 354 Anm. und die übrigen das. Citirten, Huschke a. a. O. S. 43; Seuff. Arch. XIV. 209. A. M. Gimmerthal a. a. O. S. 78.

[4] L. 7 § 11—17 D. h. t., l. 28 D. de nox. act. 9. 4. Abweichend Gimmerthal S. 100 fg.

[5] Das Edict verlangte eine specielle Erwerbthatsache, Tradition (l. 1 pr. D. h. t.); vielleicht sprach es sogar, wenigstens ursprünglich, nur vom Kauf (l. 7 § 11 D. h. t.). Aber die Interpretation der Juristen erkannte an: „quaecunque sunt iustae causae adquirendarum rerum, si ex his causis nacti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia haec actio“ (l. 13 pr. D. h. t.). Nähere Ausführung in l. 1 § 1 — l. 7 § 5 l. 12 pr. § 1 D. h. t. In Betreff der Geschichte der Publicianischen Klage vgl. Voigt ius naturale IV S. 470 fg., Huschke a. a. O. S. 13 fg., Lenel Beiträge zur Kunde des prätorischen Rechts S. 1 fg., Bechmann Kauf I S. 384 fg., Brinz Recht der b. f. possessio S. 87 fg., M. Cohn krit. VJSchr. XXIV S. 28 fg., Lenel Edictum perpetuum S. 129 fg. — Beim Kaufe ist Zahlung des Kaufpreises hier nicht erforderlich, l. 8 D. h. t. Vgl. übrigens Huschke S. 57 fg. — Für den Fall des Kaufs von einem Wahnsinnigen wird die Publiciana actio gestattet in l. 7 § 2 D. h. t., abgesprochen in l. 2 § 16 D. pro emt. 41. 4. Eine Vereinigung ist möglich durch die Beschränkung der letzteren Stelle auf den Fall, wo der Erwerber gegen den Wahnsinnigen selbst auftritt (dessen exceptio dominii durch keine replicatio rei venditae et traditae zurückgeschlagen werden kann); jedenfalls führt, wenn ein Widerspruch angenommen wird, die Rechtsconsequenz zu der Entscheidung der ersten Stelle. Vgl. Vangerow a. a. O. Nr. II. 1. c., Schmid § 16 Note 11, Fitting Arch. f. civ. Pr. LI S. 275 fg., Huschke S. 55 fg., Seuff. Arch. XXXI. 13. Umgekehrt gibt der l. 2 § 16 cit. den Vorzug Gimmerthal S. 101 fg. Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVII S. 443 fg. (1860) will die l. 2 § 16 cit. von dem Ausschluß der rescissoria Publiciana actio (§ 5 I. de act. 4. 6, l. 35 pr. D. de O. et A. 44. 7)

handensein einer Eigenthumserwerbthatsache auch hier nicht[6]. Fortdauer des guten Glaubens verlangt das römische Recht hier so wenig, wie bei der Ersitzung[7]: auf Grund des canonischen Rechts aber ist für das heutige Recht hier in gleicher Weise wie bei der Ersitzung das Gegentheil zu behaupten[8].

2. Daß der redliche Erwerber in den Besitz der Sache gelangt sei, ist nicht nothwendig; Besitzerlangung ist Erforderniß des dem redlichen Erwerber gewährten Schutzes nur insofern, als die Besitzerlangung Bestandtheil der Erwerbthatsache ist, auf welche er sich beruft[9].

3. Dagegen entlehnt der Schutz des redlichen Erwerbes von der Ersitzung das Erforderniß der Ersitzbarkeit der Sache[10]; bei

---

verstehen, welche auf „Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und Aufhebung der in Abwesenheit des früheren Besitzers erfolgten Verjährung" gerichtet sei, bekanntlich aber wegfalle, „wenn das verloren gegangene Recht nach dem strengen Recht ungültig war". Vgl. noch Scharlach Arch. f. civ. Pr. LXII S. 464 fg.

[6] Auch hier genügt ein s. g. putativer Titel. Das wird weniger durch die gewöhnlich dafür angeführten Stellen bewiesen (l. 5 D. h. t. spricht von einer wirklichen Tradition auf irrigen Beweggrund hin, in den Fällen der l. 7 § 4 l. 13 § 2 D. h. t. ist immerhin die äußere Erscheinung eines Titels vorhanden), als durch die Analogie der Ersitzung. Huschke S. 56. 71. 72, Brinz 2. Aufl. I S. 719 fg. Vgl. Seuff. Arch. VI. 150. A. M. Gimmerthal S. 97 fg.

[7] L. 7 § 12. 14 D. h. t. Zu l. 11 § 3 eod. vgl. l. 4 D. pro suo 41. 10 und Vangerow a. a. O. II Nr. 1. d, Arndts § 170 Anm. 2.

[8] Die Vorschrift des canonischen Rechts (§ 177 Note 4) bezieht sich zwar nur auf die Ersitzung; aber wenn das unredliche Bewußtsein ein Hinderniß des Eigenthumserwerbes ist, so muß es auch ein Hinderniß der Abforderung der Sache wie einer eigenen sein. Viele sind jedoch entgegengesetzter Meinung; vgl. Schmid § 16 Note 18, Vangerow a. a. O. Nr. II. 1. d a. E., Gimmerthal S. 109 fg., Brinz 2. Aufl. I S. 721, Wächter II S. 188, Dernburg I S. 526.

[9] L. 1 § 2 l. 11 § 2 l. 12 § 1 l. 15 D. h. t. Huschke S. 22. 60 fg., Brinz 2. Aufl. I S. 717 fg. A. M. Sintenis I § 53 Anm. 11, Pagenstecher III S. 196—198, Keller S. 292, Gimmerthal S. 81 fg., Schirmer krit. VJSchr. XVIII S. 347 fg., Schulin das. XVIII S. 526 fg., Dernburg I § 228 Note 7, vgl. auch Lenel Beitr. (Note 5) S. 18 fg. Seuff. Arch. XXIX. 220. Die Beschränkung, welche Vangerow a. a. O. Nr. II. 1. a hinzufügt, daß wenigstens der Rechtsurheber im Besitz der Sache gewesen sein müsse, hat in den Quellen ebenso wenig Anhalt, wie die von Schmid I S. 361 behauptete, daß der Rechtsurheber auch seinerseits redlicher Erwerber gewesen sein müsse. S. auch die folgende Note.

Sachen, welche der ordentlichen Ersitzung entzogen sind, ist auch er ausgeschlossen[11].

4. Der redliche Erwerb hilft nicht demjenigen Besitzer gegenüber, welcher besseres oder gleiches Recht hat. Besseres Recht hat der Eigenthümer[12]; gleiches Recht hat derjenige, welcher ebenfalls in redlicher Weise erworben hat. Jedoch ist in diesem letzteren Falle zu unterscheiden, ob die streitenden Parteien sich auf denselben Rechtsurheber berufen, oder jede auf einen verschiedenen: in dem ersten Fall geht nicht der gegenwärtige Besitzer vor, sondern der erste Erwerber[13]. Uebrigens ist es natürlich nicht aus-

---

[10] Die formula der actio Publiciana war nicht auf redlichen Erwerb, sondern auf die Voraussetzungen der Ersitzung gestellt („si quem hominem A^s A^s emit et is ei traditus est anno possedisset, tum si eum hominem d. q. a. eius ex iure Quiritium esse oporteret", Gai. IV. 36). Besitz des Klägers (s. die vorige Note), wo die angerufene Erwerbthatsache ihn nicht erforderte, wurde durch diese Fassung der intentio nicht verlangt.

[11] L. 9 § 5 D. h. t. „Haec actio in his, quae usucapi non possunt, puta furtivis vel in servo fugitivo, locum non habet". L. 12 § 4 h. t. L. 12 § 2 h. t. ist von der Ersitzung des vectigalischen Rechts zu verstehen (vgl. § 182 Note 5). — Ueber die Meinung, daß es nach Justinianischem Recht nicht auf die ordentliche, sondern auf die außerordentliche Ersitzung ankomme (Obrock p. 58 sqq., Sintenis I § 53 Note 15), s. Schmid § 16 Note 6, Vangerow a. a. O. Nr. II. 1. b; über eine von Andern behauptete Einschränkung des fraglichen Satzes Vangerow das. und Schmid Note 7. Gimmerthal S. 115 fg. — Der letztgenannte Schriftsteller schließt übrigens die actio Publiciana ferner (abgesehen von praedia vectigalia) auch bei allen res nec mancipi aus, und zwar auch für das heutige Recht! (Der Grundgedanke seiner Schrift ist, daß die actio Publiciana zum Zweck des Schutzes der Tradition von res mancipi eingeführt worden sei.)

[12] Gegen den Publicianischen Anspruch gilt die Einrede des Eigenthums, l. 16. 17 D. h. t. Huschke S. 84 fg.

[13] So l. 9 § 4 D. h. t. Widersprechend l. 31 § 2 D. de A. E. V. 19. 1. Nach dieser Stelle soll auch bei Verschiedenheit der Rechtsurheber der erste Erwerber vorgehen. (Vereinigungsversuche: die Stelle sage nicht, daß der erste Erwerber auch als Kläger immer siege, Vangerow a. a. O. Nr. II. 2. b; sie spreche nur von dem Verhältnisse der redlichen Erwerber gegen Dritte, Schmid I S. 364 fg., Savigny VII S. 308 Note m, Eisele Jahrb. f. Dogm. XIV S. 1 fg. [welcher letztere auch den ersten Theil der l. 9 § 4 cit. auf den gleichen Fall bezieht]; sie gebe demjenigen den Vorzug, welcher zuerst den Kaufpreis gezahlt habe, Nissen kaufrechtliche Tradition S. 12 fg.; vgl. auch Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 187—189 und Recht der Publicianischen Klage S. 94 fg., Gimmerthal S. 115 fg.) Die Entscheidung

geschlossen, daß dem redlichen Erwerber gegen die Einrede besseren oder gleichen Rechts seinerseits eine Vertheidigung zusteht[14].

der l. 9 § 4 ist vorzuziehen, weil sie der Rechtsconsequenz entspricht. Bei Gleichheit der Rechtsurheber muß der Publiciana die exceptio rei (venditae et) traditae nicht minder entgegenstehen, wie der rei vindicatio (vgl. Schliemann Lehre vom Zwange S. 165—178); aber es ist kein Grund ersichtlich, weßwegen auch bei Verschiedenheit der Rechtsurheber der erste Erwerb besseres Recht begründen sollte. Vgl. Bruns Jahrb. d. gem. R. IV S. 19—21, Dernburg I S. 527. Seuff. Arch. XXVI. 210.

[14] L. 24 D. de exc. rei iud. 44. 2, l. 4 § 32 D. de exc. doli 44. 4, l. 35 D. de O. et A. 44. 7, l. 57 D. mand. 17. 1, l. 12 pr. D. h. t. L. 57 cit. „Mandatum distrahendorum servorum defuncto qui mandatum suscepit intercidisse constitit. Quoniam tamen heredes eius errore lapsi, non animo furandi, sed exsequendi, quod defunctus suae curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emtoribus usucaptos videri placuit: sed venaliciarium ex provincia reversum Publiciana actione non [in-] utiliter acturum, quum exceptio iusti dominii causa cognita detur, neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum affici damno". Die Stelle ist von einer Wiedereinsetzung wegen Abwesenheit zu verstehen, und vor „causa cognita" ein „tantum" hinzuzudenken: die Lesart „inutiliter" hat die Autorität der Griechen für sich, und ist auch von Mommsen in den Text aufgenommen worden. S. Vangerow a. a. O. Nr. II. 2. a, und namentlich Savigny VII Beil. XIX; vgl. aber auch Keller Civilproz. Note 948, Schloßmann zur Lehre vom Zwange S. 147 fg., Voigt ius naturale IV Note 1322 (gegen die beiden letzteren Wach zu Keller a. a. O.), Brinz 2. Aufl. I S. 722, Leonhard Irrthum S. 360 (gegen diesen Lotmar krit. VJSchr. XXVI S. 236). — Eine Vertheidigung gegen die Einrede besseren oder gleichen Rechts ist auch in dem Falle nicht ausgeschlossen, wo das bessere oder gleiche Recht auf einen Erwerb vom Kläger selbst (z. B. durch Veräußerung desselben) oder dem Kläger gegenüber (z. B. durch eine gegen denselben vollendete Ersitzung) gegründet wird. S. die drei letzten der oben citirten Stellen. Daher hilft unter Umständen die actio Publiciana auch dem gewesenen Eigenthümer (der ja durch den Verlust des Eigenthums nicht aufhört, redlich erworben zu haben) gegen den jetzigen Eigenthümer. Dieß ist einer der Grundgedanken des oben citirten Buches von Schulin (vgl. im Uebrigen § 174 Note 9). Man wird auch den gewesenen Eigenthümer einem ganz Unberechtigten gegenüber nicht schlechter stellen dürfen, wie gegenüber dem gegenwärtigen Eigenthümer, also ihm auch dem ganz Unberechtigten gegenüber, wenn dieser ihm entgegensetzt, daß er aufgehört habe, Eigenthümer zu sein, dieselbe Vertheidigung gewähren müssen, welche er gehabt haben würde, wenn der gegenwärtige Eigenthümer ihm entgegengesetzt hätte, daß er, und zwar an ihn, sein Eigenthum verloren habe. Vgl. in dieser Beziehung auch l. 12 pr. D. h. t. („sive extraneus"). Wenn aber Schulin noch weiter geht, und dem gewesenen Eigenthümer die Publiciana actio gegen den un-

Fünftes Kapitel.

Die Dienstbarkeiten*.

I. Begriff**.

§ 200.

Die Dienstbarkeiten sind Rechte an fremder Sache, d. h. dingliche Rechte, welche die Sache, an welcher sie stattfinden, nicht in der Gesammtheit ihrer Beziehungen, sondern nur in einer einzelnen Beziehung, oder mehreren einzelnen ihrer Beziehungen, erfassen (§ 145. 167). Die Dienstbarkeiten sind aber nicht die einzigen Rechte an fremder Sache[1]; neben ihnen stehen das Pfandrecht,

berechtigten Besitzer schlechthin gibt, so daß also eine Vertheidigung aus dem Verlust des Eigenthums gegen dieselbe gar nicht zulässig sein soll (S. 3. 79. 147. 204), so ist das mindestens äußerst bedenklich, jedenfalls ohne quellenmäßigen Anhalt. S. auch Brinz krit. VJSchr. XVI S. 251. 252, Jeß Jahrb. f. Dogm. XIV S. 207 fg., Dernburg I § 228 Note 17; andererseits wieder Schulin krit. VJSchr. XVIII S. 536 fg.

* Luden die Lehre von den Servituten (1837). E. Hoffmann die Lehre von den Servituten nach röm. Rechte 2 Bde. (1838. 1843). R. Elvers die römische Servitutenlehre (1854. 1856; vgl. über diese Schrift Kuntze Heidelb. krit. Zeitschr. II S. 227—268, Arndts krit. Ueberschau II S. 161—165). O. Schönemann die Servituten (1866). Glück IX. X S. 1—268.

** Elvers § 4. 5, Böcking II § 160. 161, Sintenis I § 57, Vangerow I § 338, Dernburg I § 235. Vgl. auch Meischeider Besitz und Besitzschutz S. 384 fg. Ueber die Schrift von J. Ofner, der Servitutenbegriff nach römischem und österreichischem Recht, Wien 1884, vgl. H. Pernice (der Jüngere) Zeitschr. der Sav.-Stift. V S. 279 fg., Bähr krit. VJSchr. XXVII S. 151.

[1] Es gab eine Zeit im römischen Recht, in welcher die Dienstbarkeiten § 200. allerdings die einzigen Rechte an fremder Sache waren. Sie allein unter den Rechten an fremder Sache gehören dem Civilrechte an; alle anderen sind prätorischen Ursprungs. Aus dieser Zeit stammt auch ihre Bezeichnung als servitutes. Servitus bezeichnet zunächst den Zustand der Unfreiheit der Sache, dann auch das Recht, kraft dessen dieser Zustand stattfindet. Als unfrei aber wird gedacht diejenige Sache, welche einem Andern dient, als ihrem Eigenthümer, wie der Mensch unfrei ist, welcher überhaupt dient. (Wie der Mensch sich in einem nicht naturgemäßen Zustand befindet, wenn er überhaupt dient, so die Sache, wenn sie einem Andern dient, als ihrem Eigenthümer.) Der Ausdruck paßt also an und für sich auf jedes Recht an fremder Sache; aber es war natürlich, daß, als sich neben den Rechten an fremder Sache, welche bis dahin allein bestanden hatten, neue bildeten, diese letzteren besondere

die Emphyteusis und die Superficies. Von dem Pfandrecht unterscheiden sie sich, abgesehen von der unselbständigen Natur des letzteren, dadurch, daß der hauptsächliche Inhalt des Pfandrechts in der Befugniß besteht, dem Eigenthümer sein Eigenthumsrecht zu entziehen, während die Dienstbarkeiten das Eigenthumsrecht nur beschränken[2]; von Emphyteusis und Superficies unterscheiden sie sich dadurch, daß die von diesen letzteren Rechten ausgehende Beschränkung des Eigenthumsrechts so groß ist, daß dasselbe fast aufgehoben wird, während die Dienstbarkeiten auf dem Principe beruhen, daß das Eigenthumsrecht ihnen gegenüber immer die Hauptsache ist, sie dem Eigenthumsrechte untergeordnet bleiben[3].

Namen erhielten, und so der Ausdruck für jene ersteren technisch wurde. Ebenso wenig darf man sich jedoch darüber wundern, daß der Ausdruck servitus vereinzelt auch auf diese neuen Rechte angewendet worden ist, so z. B. in l. 86 § 4 D. de leg. I° 30 auf die Superficies, vgl. auch l. 1 § 22 D. de aqua et aquae 39. 3. Der deutsche Ausdruck Dienstbarkeit entspricht dem römischen Ausdruck servitus in jeder Beziehung.

[2] Dieß ist es, was man meint, wenn man die Dienstbarkeiten Gebrauchs- oder Nutzungsrechte nennt.

[3] Ueber den Werth dieses Principes s. Keller S. 317. 318, Jhering Geist des röm. R. II S. 213 fg. (2. Ausg.). Vgl. auch Böcking II S. 198. 199, welcher so weit geht, den Unterschied zwischen den Dienstbarkeiten einerseits, und der Emphyteusis und der Superficies auf der andern Seite für einen nicht bloß quantitativen, sondern qualitativen zu erklären. — Man nimmt in die Definition der Dienstbarkeiten wohl das Moment auf, daß sie untrennbar an eine bestimmte Person oder an ein bestimmtes Grundstück geknüpft seien. Aber dieß ist, was die persönlichen Dienstbarkeiten angeht, nur eine Consequenz des im Text bezeichneten allgemeinen Princips; für die Grunddienstbarkeiten beruht es darauf, daß der einmal festgestellte Inhalt eines Rechts nicht willkürlich geändert werden darf (§ 209 Ziff. 1. 5). (S. übrigens auch Wächter das Superficiar- oder Platzrecht S. 201 fg.) — Ueberhaupt ist über die richtige Bestimmung des Begriffs der Dienstbarkeiten viel verhandelt und gestritten worden, und wird noch immer verhandelt und gestritten. Duroi (Arch. f. civ. Pr. VI S. 278 fg. [1823], vgl. Büchel civilrechtl. Erörterungen I 3 S. 10—12) sieht in der Dienstbarkeit ein Eigenthumsrecht, Eigenthumsrecht an einer unkörperlichen Sache, was ausführlich durch Puchta Rhein. Mus. I S. 286 fg. (1827) widerlegt worden ist, vgl. auch Vangerow a. a. O. Anm. 1 (S. 688 der 7. Aufl.). Eine gewisse Verwandtschaft mit dieser Ansicht hat die von einem neueren Bearbeiter der Lehre, Elvers, aufgestellte Ansicht (a. a. O. S. 29—52), wonach die Dienstbarkeit ebenfalls ein Recht (dominium) an einer juristisch fingirten Sache sein soll, nämlich an einer als selbständige Sache gedachten Eigenschaft einer körperlichen Sache. Und ähn-

Aus dem Begriff der Dienstbarkeit als eines Rechts an der Sache folgt, daß ihr Inhalt nicht eine dem Berechtigten zu machende

---

lich lehrt jetzt auch Reuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 57 fg. vgl. S. 108. 132, übrigens nicht bloß für Dienstbarkeiten, sondern für alle Rechte an fremder Sache, dieselben seien nicht Rechte an der Sache, sondern an der bestimmten, als besonderes sachliches Gut ausgeschiedenen „Brauchlichkeit" der Sache, oder nach römischer Auffassung, welche die Thatsache und das Recht auf die Thatsache identificire, das bestimmte Gebrauchen- oder Benützen-Dürfen selbst. Noch schlimmer Siebenhaar Correalobligationen S. 153. 193. 194: bei der (Grund-) Dienstbarkeit gelte „eine den Vortheil eines Gebrauchs gewährende natürliche Eigenschaft der Sache als von dieser getrennt und als auf eine andere Sache übergegangen". — Sehr verbreitet ist die, bei den verschiedenen Schriftstellern freilich noch in verschiedenen Modificationen auftretende, Ansicht, die Dienstbarkeiten seien Eigenthumsbestandtheile, Eigenthumselemente, welche aus dem Eigenthumsrechte dem Rechte oder der Ausübung nach ausgeschieden, losgelöst, in dieser Ausscheidung und Loslösung zu selbständigen Rechten geworden seien (Büchel civilrechtl. Erörterungen I. 3 S. 7—12 [1834]. II. 2 S. 273—276 [1839]. 2. Aufl. I S. 439 fg. [1846], Scheurl Zeitschr. f. gesch. RW. XII S. 241—255 [1845], Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III S. 250 fg. (1847], Vangerow a. a. O. Anm. 1). Ich muß mich auch gegen diese Auffassung erklären. So wenig wie die Dienstbarkeiten nach ihrer Begründung Eigenthumsbestandtheile sind, so wenig sind sie aus Eigenthumsbestandtheilen gebildet. Die Vertheidiger dieser Ansicht scheinen allein, oder doch vorzugsweise, den Fall im Auge zu haben, wo die Dienstbarkeit von dem Eigenthümer bestellt worden ist. Allein selbst in diesem Fall ist die Dienstbarkeit zwar kraft des Eigenthums begründet, aber immer noch nicht umgebildetes Eigenthumselement; sie ist durch die ununterschiedene im Eigenthumsrecht liegende Macht geschaffen, nicht aber z. B. der Nießbrauch kraft des Gebrauchs- und Fruchtgenußrechts des Eigenthümers, die Wegegerechtigkeit kraft des Rechts des Eigenthümers zu gehen ꝛc. Beruht aber die Dienstbarkeit nicht auf der Bestellung des Eigenthümers, sondern auf Ersitzung, richterlicher Verfügung oder Gesetz, so fehlt selbst für die so gefaßte Zurückführung der Dienstbarkeit auf das Eigenthum jeder Anhalt. Vgl. Kuntze Heidelb. krit. Zeitschr. II S. 237—244, Wirth die libertatis usucapio (1854) S. 40—51, Brinz S. 258. 259 (s. aber auch 2. Aufl. I S. 760, Böcking § 159 Note 7, Dernburg Pfandrecht I S. 126—128, Schönemann S. 17—23, F. P. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte (1867) S. 15 fg., Wächter II S. 206 fg., Dernburg I S. 557. Man hat sich für die hier verworfene Ansicht auch auf Quellenzeugnisse berufen, namentlich auf l. 5 § 9 D. de O. N. N. 39. 1, wo es von dem Besteller einer Grunddienstbarkeit heißt: „ius suum deminuit, alterius auxit" — als wenn nicht auch dadurch das Eigenthumsrecht ein ius deminutum wäre, daß für die Sache ein anderer Wille als der des Eigenthümers maßgebend ist, — ferner auf Stellen, in denen gesagt wird, daß „ususfructus in multis casibus pars

Leistung sein kann (darüber das Nähere im folgenden §); aus ihrem Begriff als eines Rechts an fremder Sache folgt, daß Niemand an seiner eigenen Sache eine Dienstbarkeit haben kann[4].

Der Begriff der Dienstbarkeit ist, wie der des Besitzes, von Sachen auf Rechte übertragen worden, jedoch nur in beschränktem Maße: Rechte können nicht den Gegenstand einer jeden Dienstbarkeit, sondern nur den Gegenstand des Nießbrauchs bilden[5].

---

dominii est" (l. 4 D. de usufr. 7. 1), „fructus portionis instar obtinet" (l. 76 § 2 D. de leg. II° 31), ohne zu bedenken, daß diese Stellen, wenn man sie beim Worte nehmen wollte, beweisen würden, daß der Nießbrauch auch nach seiner Begründung pars dominii sei. Dieselben wollen in der That nur sagen, daß der Nießbrauch, als die weitestgehende unter allen Dienstbarkeiten, in dieser oder jener Beziehung behandelt werde, als handle es sich um ein Stück Eigenthum (vgl. § 167 Note 4 und die das. citirten Stellen); in anderen Stellen heißt es denn auch umgekehrt, der Nießbrauch sei nicht „dominii pars, sed servitu(ti)s" (l. 25 pr. D. de V. S. 50. 16), „in iure non in parte consistit" (l. 66 § 6 D. de leg. II° 31), „in quibusdam casibus non partis effectum obtinere convenit" (l. 33 § 1 D. de usufr. 7, 1, s. auch l. 13 § 2 D. de accept. 46. 4). Beim Wort genommen hat jene Stellen Bachofen römisches Pfandrecht I S. 97 fg. Nach ihm ist der Nießbrauch wirklich auch nach seiner Begründung ein Stück des Eigenthums, „das eine Eigenthumsrecht wird statt von einer Person von zweien ausgeübt". Vgl. noch Dernburg Pfandrecht I S. 132, Baron krit. VJSchr. VII S. 516, Degenkolb Platzrecht und Miethe S. 161, auch Scheurl Theilbarkeit als Eigenschaft von Rechten S. 57. — Eine andere hierher gehörige Frage ist: gehört zur Definition der Dienstbarkeit das Moment der Eigenthumsbeschränkung? Antwort: nein; die Eigenthumsbeschränkung ist eine Wirkung der Dienstbarkeit, aber die Dienstbarkeit besteht nicht in der Eigenthumbeschränkung. Sie ist einfach ein Recht des Nichteigenthümers. Vgl. § 201 Note 1.

[4] „Nulli res sua servit", l. 26 D. de S. P. U. 8. 2, vgl. l. 5 pr. D. si ususfr. 7. 6. Elvers § 14. Der Eigenthümer hat als solcher jedes Recht, welches möglicherweise den Inhalt einer Dienstbarkeit bilden kann; aber er hat es nicht als Dienstbarkeit, sondern als Stück seines Eigenthums (l. 63 D. usufr. 7. 1: — „qui fundum habet . . usumfructum non [habet])". Es gilt also dafür auch nicht das Recht der Dienstbarkeiten. Vgl. l. 26 pr. D. de usu et usufr. 33. 2, l. 36 § 1 D. de usufr. 7. 1. Dienstbarkeit gegenüber dem Miteigenthum: vgl. § 215 Note 9. Seuff. Arch. VI. 153, XXII. 19. 216. Vgl. noch das. XXIV. 216.

[5] S. § 206 zweiter Absatz. Insofern ist auch der Satz der Quellen: „servitus servitutis esse non potest" (l. 1 D. de usu et usufr. 33. 2, vgl. l. 33 § 1 D. de S. P. R. 8. 3) nicht vollständig richtig. S. daselbst. — Andere erklären den Satz servitus servitutis esse non potest statt aus der Unkörperlichkeit, aus der Unveräußerlichkeit der Dienstbarkeiten, s. Büchel

II. Arten*.

§ 201.

1. Ihrem Inhalte nach sind die Dienstbarkeiten entweder positive (affirmative) oder negative. Positiv sind diejenigen, kraft deren der Wille des Berechtigten in positiver Richtung, negativ diejenigen, kraft deren der Wille des Berechtigten in negativer Richtung maßgebend für die Sache ist. Die positiven Dienstbarkeiten berechtigen den Berechtigten zu einem Thun, und verpflichten den Eigenthümer der dienenden Sache zu einem Leiden; die negativen berechtigen den Berechtigten zu einem Verbieten, und verpflichten den Eigenthümer zu einem Nichtthun[1]. Dienstbarkeiten, welche den Eigenthümer zu einem Thun verpflichteten, also den Berechtigten zu einem Fordern berechtigten, kann es dem Begriffe der Dienstbarkeit nach nicht geben[2]; ein Recht dieser Art ist kein Recht an der Sache, sondern ein Recht gegen die Person[3].

---

civilr. Erörterungen I. 3 S. 12—13 und 2. Ausg. S. 423—425, Vangerow a. a. O. Anm. 2 Nr. 3, Elvers S. 224. Vgl. noch Schmidt (von Ilmenau) Jahrb. d. gem. R. III S. 259. 260.

* Elvers § 4. 6. 10—12, Böcking II § 160. 161, Sintenis I § 58, Vangerow I § 339, Dernburg I § 235. 238.

[1] L. 15 § 1 D. de serv. 8. 1 (Note 2) bezeichnet als „servitutium natura", daß Jemand „aliquid patiatur aut non faciat". Die im Texte hervorgehobene Beziehung der Dienstbarkeit auf den Eigenthümer der dienenden Sache darf nicht als Beschränkung gefaßt werden. Die Dienstbarkeit gewährt die Befugniß, welche sie gewährt, nicht bloß gegen den Eigenthümer, sondern in gleicher Weise auch gegen jeden Dritten; das Verhältniß des Berechtigten zum Eigenthümer wird nur deßwegen besonders betont, weil dieser als solcher ein entgegenstehendes Recht hat, welches eben durch die Dienstbarkeit überwunden wird. Die entgegengesetzte Meinung, daß die Beziehung auf den Eigenthümer dem Begriffe der Dienstbarkeit wesentlich sei, vertheidigt mit Lebhaftigkeit Böcking II § 159. § 160. d. S. auch Brinz 2. Aufl. § 186. § 201.

[2] L. 15 § 1 D. de serv. 8. 1. „Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat". L. 6 § 2 D. si serv. 8. 5, l. 12 D. de ann. leg. 33. 1.

[3] Der Wille des Berechtigten ist nicht für die Sache entscheidend, sondern für die Person des jeweiligen Eigenthümers. Es kann aber ein solches obligatorisches Recht mit einer Dienstbarkeit sehr wohl in der Weise verbunden sein, daß durch die Dienstbarkeit auch es ohne Weiteres begründet ist; dieß findet z. B. statt bei der servitus oneris ferendi. S. unten § 211a Note 3.

2. Wichtiger ist die Eintheilung der Dienstbarkeiten in persönliche und Grunddienstbarkeiten[4]. Persönliche Dienstbarkeiten sind diejenigen, welche bestimmt sind, den Interessen einer Person, Grundienstbarkeiten sind diejenigen, welche bestimmt sind, den Interessen eines Grundstücks zu dienen. Bei den Grunddienstbarkeiten wird das Grundstück, dessen Interessen sie dienen, geradezu als das berechtigte Subject bezeichnet[5]. Jedoch ist diese Bezeichnungsweise nicht der richtige Ausdruck des stattfindenden Rechtsverhältnisses; es ist bei den Grunddienstbarkeiten nicht etwa das Grundstück zur juristischen Person erhoben, sondern der zur Dienstbarkeit Berechtigte ist kein Anderer, als der jedesmalige Eigenthümer des Grundstücks[6]. — Das Princip des nothwendigen

---

Vgl. über den ganzen Satz Vangerow I § 338 Anm. 2 Nr. 1, Elvers § 6, Böcking § 160. e—h, Wächter II S. 210 fg. Seuff. Arch. XVIII. 15, XIX. 18; XVII. 8, XXVI. 108, XXXIV. 16.

[4] L. 1 D. de serv. 8. 1. „Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum". L. 4 D. de S. P. R. 8. 3: — „praedii magis quam personae videtur". L. 20 i. f. eod.: — „ius non hominis sed praedii est". L. 15 pr. D. de serv. 8. 1: „hominum — praediorum servitutes". L. 8 § 3 D. de lib. leg. 34. 3: „personalis servitus". Die Grunddienstbarkeiten werden vorzugsweise servitutes genannt, und ihnen als servitutes die persönlichen Dienstbarkeiten durch specielle Bezeichnung ihres Inhalts entgegengesetzt. Vgl. z. B. § 3 I. de reb. incorp. 2. 2: — „Eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur". L. 9 § 7 D. quod met. causa 4. 2: — „si usufructus vel servitutes amissae sunt". L. 1 pr. D. de cond. trit. 13. 3. Deutlich tritt dieser Sprachgebrauch auch in den Rubriken von Inst. II. 3—5, Dig. VII. VIII. XXXIII. 2. 3, Cod. III. 33. 34 hervor. Vgl. noch Seuff. Arch. XXIII. 12.

[5] Vgl. die in der vorigen Note citirten Stellen, und die sehr geläufigen Redeweisen: servitus praedio debetur, fundus fundo servit, und ähnliche (z. B. l. 23 § 2. 3 D. de S. P. R. 8. 3, l. 6. 21 D. de S. P. U. 8. 2, l. 12 D. comm. praed. 8. 4, l. 140 i. f. D. de V. O. 45. 1, l. 12 D. de serv. 8. 1, l. 31 D. de S. P. R. 8. 3), ius praedii, fundi (z. B. l. 1 § 1 D. de D. R. 1. 8, l. 20 D. de serv. 8. 1, l. 20 § 3 D. de S. P. R. 8. 3, l. 15 D. de pign. act. 13. 7). In gleicher Weise sagen wir heutzutage: herrschendes Grundstück.

[6] Der Hauptvertheidiger der entgegengesetzten Ansicht ist Böcking. Vgl. § 57 Note 10, und s. außer den daselbst genannten noch Steinlechner das Wesen der juris communio II S. 195, Dernburg I S. 561. Ein Gegengrund gegen die hier vertheidigte Ansicht liegt auch nicht, wie Elvers S. 100. 101 glaubt (vgl. Böcking § 161 Note 12), in dem Satze, daß der Ver-

Ueberwiegens des Eigenthums ist bei den persönlichen Dienstbarkeiten durch die Beschränkung ihrer Dauer gewahrt; sie dauern nur so lange, wie das Leben des Berechtigten, gehen nicht auf seine Erben über[7]. Bei den Grunddienstbarkeiten ist dieses Princip dadurch gewahrt, daß dieselben nur an Grundstücken stattfinden können[8], und die Nutzkraft eines Grundstücks durch die Interessen eines andern Grundstücks nie in einer das Eigenthum absorbirenden Weise in Anspruch genommen wird.

3. Endlich werden die Dienstbarkeiten noch eingetheilt in ständige und nicht ständige Dienstbarkeiten[9], jenachdem ihre Ausübung eine ständige oder nicht ständige ist[10].

---

lust der Dienstbarkeit wegen Nichtausübung auch durch die Ausübung von Seiten des Nichteigenthümers des herrschenden Grundstücks, ja selbst des unredlichen Besitzers, ausgeschlossen wird, l. 12 D. quemadm. serv. 8. 6. Elvers denkt sich diese Ausübung deßwegen wirksam, weil sie im Namen des herrschenden Grundstücks geschehe. Keineswegs; sie ist die Ausübung eines an das Grundstück geknüpften Rechts. Daß sie von dem Unberechtigten geschehen ist, schadet hier so wenig, wie dieß bei der persönlichen Dienstbarkeit schadet. Man nehme an, der unrichtige Vermächtnißnehmer, welcher auch weiß, daß ein Anderer der richtige sei, übe den vermachten Nießbrauch aus: auch hier wird dem wahren Nießbraucher seine Nichtausübung keinen Eintrag thun. Es kommt nur darauf an, daß gerade diejenige Dienstbarkeit ausgeübt sei, um welche es sich handelt. Vgl. § 216 Note 4.

[7] S. § 202 Note 4. Vgl. l. 3 § 2. 3 D. de usufr. 7. 1. § 2 cit. „Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu, placuit certis modis exstingui usumfructum et ad proprietatem reverti". Freilich ist später die Möglichkeit auch des Gegentheils anerkannt worden, s. § 215 Note 7.

[8] S. § 209 Note 4.

[9] Servitutes continuae — discontinuae. Diese Ausdrücke sind nicht quellenmäßig, vgl. aber l. 14 pr. D. de serv. 8. 1. Ueber die Sache s. Pfeiffer prakt. Ausführungen II S. 114—116, Randa der Besitz nach österreich. Recht § 27 Note 5. 6.

[10] D. h. jenachdem ihre Ausübung in der Herbeiführung eines dauernden Zustandes, oder in einzelnen unterbrochenen Handlungen besteht. Von der ersten Art sind alle negativen Dienstbarkeiten, sodann alle positiven, welche mit Detention der dienenden Sache verbunden sind, aber auch z. B. die serv. tigni immittendi, stillicidii ꝛc. Von der zweiten Art sind z. B. die Wegegerechtigkeiten. (Auch die Wasserleitungsgerechtigkeit? Man unterscheide zwischen dem Recht auf Benützung des fremden Wassers, und dem Recht zum Haben einer wasserleitenden Vorrichtung auf dem fremden Grundstück [§ 211 Note 6]. Vgl. Vangerow I § 339 Anm. Nr. II. 1, Randa a. a. O.

Im Folgenden soll von den einzelnen Dienstbarkeiten mit Zugrundlegung der zweiten der genannten Unterscheidungen gehandelt werden.

III. Die einzelnen Dienstbarkeiten.

A. Die persönlichen Dienstbarkeiten.

1. Von den persönlichen Dienstbarkeiten überhaupt.

§ 202.

Den Inhalt einer persönlichen Dienstbarkeit kann Alles bilden, was der Person des Berechtigten von Werth ist. Die umfassendste persönliche Dienstbarkeit ist der Nießbrauch; sie geht auf allen Nutzen, welchen die Sache gewährt, durch ihre Früchte oder durch den Gebrauch, welcher von ihr gemacht werden kann. Aber auch der bloße Fruchtgenuß und der bloße Gebrauch können den Inhalt einer persönlichen Dienstbarkeit bilden[1]; ebenso einzelne

Note 24, Seuff. Arch. XXXI. 14.) — Uebrigens ist die Auffassung Pfeiffer's a. a. O. nicht ganz übereinstimmend mit dem hier Gesagten. Nach seiner Darstellung fallen unter den Begriff der servitutes continuae auch solche Dienstbarkeiten, deren Ausübung in unterbrochenen Handlungen besteht, wenn nur diese Ausübung eine der Zeit und dem Gegenstande nach im Voraus bestimmte ist.

§ 202. [1] Dieß ist jedoch, was den bloßen Fruchtgenuß angeht, bestritten. Mit Unrecht; warum sollte nicht der Gebrauchsnutzen der Sache dem Einen zustehen können, der Fruchtnutzen einem Andern? Daß dieß in der Weise möglich ist, daß der Eigenthümer den Fruchtnutzen hat, ein Nichteigenthümer den Gebrauchsnutzen, leugnet Niemand; es ist nicht abzusehen, warum es nicht auch in der Weise möglich sein sollte, daß der Eigenthümer den Gebrauchsnutzen hat, ein Nichteigenthümer den Fruchtnutzen, oder der eine Nichteigenthümer den Gebrauchsnutzen, der andere den Fruchtnutzen. So heißt es auch in l. 14 § 3 D. de usu 7. 8: „Poterit . . apud alium esse usus, apud alium fructus sine usu, apud alium proprietas". S. auch l. 5 § 2 D. usufr. quemadm. 7. 9, l. 13 § 3 D. de accept. 46. 4 (in welcher Stelle nichts geändert zu werden braucht; der Jurist erklärt die acceptilatio usus für gültig, weil der usus im ususfructus etwas für sich Bestehendes sei, anders als das Fruchtgenußrecht des Eigenthümers im Eigenthum, das Baumaterial im Hause, § 2 eod.). Allerdings ist es ganz richtig, daß Fruchtgenuß ohne ein gewisses Maß des Gebrauchens nicht möglich ist (l. 42 pr. D. de usufr. 7. 1: „fruendi causa et usum habebit"): hält man dieß fest, und bedenkt man ferner, daß der römische Ausdruck fructus nicht bloß den engeren Sinn hat, in welchem er bloß den Fruchtnutzen bezeichnet, sondern

Seiten des Fruchtgenusses und einzelne Seiten des Gebrauches[2]. Eine besondere Theorie stellt jedoch das römische Recht nur für den Nießbrauch und das Gebrauchsrecht auf: der Grund davon ist, weil für das bloße Fruchtgenußrecht keine anderen Grundsätze gelten, als für das im Nießbrauch enthaltene Fruchtgenuß-

---

auch einen weiteren, in welchem er auf den gesammten Nutzen der Sache geht, also den Gebrauchsnutzen mit umfaßt (§ 203 Note 4), so erklären sich vollständig die scheinbar entgegenstehenden Stellen l. 14 § 1. 2 D. de usu 7. 8, Paul. sentent. III. 6 § 24. 25. Literatur dieser Frage: Löhr Magaz. f. RW. und Gesetzg. III S. 498—504 (1820). Puchta civil. Abhandl. S. 221 fg. (kl. civil. Schriften S. 102 fg.) (1823). Loebell de usu et fructu § 4 (1834). Brinz notamina ad usumfructum § 5 (1849). Keller Zeitschr. f. gesch. RW. XV S. 133 fg. (1850). Vangerow I § 348 Anm. Bechmann über den Inhalt und Umfang der Personalservitut des usus nach röm. R. § 36 (1861), und dazu Scheurl krit. VJSr. III S. 306—309. Dernburg I § 247 Note 13.

[2] Wie z. B. auf Wasserbezug, Weide, Gehen ꝛc. L. 32 D. de usufr. 7. 1, l. 4. 6 pr. l. 37 D. de S. P. R. 8. 3, l. 1 D. de usu et usufr. 33. 2, l. 6 D. de serv. leg. 33. 3, l. 14 § 3 D. de alim. leg. 34. 1 (in welcher letzteren Stelle, wenn sie nicht mit den andern angeführten Stellen in Widerspruch stehen soll, gelesen werden muß: „personae tamen ei*us*, qui vicinus non est, *non* inutiliter [oder *utiliter*] relinquitur", vgl. über die verschiedenen Erklärungen Mühlenbruch Arch. f. civ. Pr. XV S. 390 fg., Zachariae von Lingenthal das. XXVII S. 38 fg., Fuchs Arch. f. prakt. RW. IV S. 313 fg., Vangerow I § 339 Anm. Nr. 1, Böcking II S. 221—223, Arndts § 177 Anm. 2, Cohnfeldt in der am Ende dieser Note citirten Schrift S. 70—77 [der Letztere will den ganzen Passus von „nam et haustus aquae" bis „utendi" als Glossen hinauswerfen], Schönemann S. 99 fg. [welcher in den Worten „qui vicinus non est" den Sinn ausgedrückt findet: „der nicht zu dem benachbarten Grundstück hinzukann"!], Serafini Arch. giuridico t. XVIII p. 15 [welcher inutiliter erklärt = ohne Nutzen], und die von diesen Schriftstellern Angeführten). Doch ist eine solche Beschränkung des Inhalts bei den persönlichen Dienstbarkeiten nicht das Gewöhnliche — will der Bestellende so weit in der Beschränkung gehen, so wird er leicht auch noch weiter gehen und von allem dinglichen Recht absehen, nur eine obligatorische Befugniß einräumen — während die Beschränkung bei den Grunddienstbarkeiten durch den Begriff derselben gegeben ist. Deßwegen hat man Dienstbarkeiten der bezeichneten Art unregelmäßige, anomale persönliche Dienstbarbarkeiten genannt — nicht passend, da das für sie geltende Recht kein anderes ist, als das für Nießbrauch und Gebrauchsrecht geltende. Noch unrichtiger ist es, wenn man sagt: es könne als persönliche Dienstbarkeit auch eine Grunddienstbarkeit bestellt werden. Was persönliche Dienstbarkeit ist, ist deßwegen, weil es eine solche ist, eben nicht Grunddienstbarkeit, steht also auch nicht unter dem Rechte der Grunddienstbarkeiten, wie denn namentlich das Maß der

recht, ebenso für die einzelnen Seiten des Fruchtgenuß- und des Gebrauchsrechts keine anderen Grundsätze, als für das Fruchtgenuß- und Gebrauchsrecht selbst[3].

Für alle persönlichen Dienstbarkeiten gilt der Grundsatz, daß sie unzertrennlich an die Person des Berechtigten gebunden sind. Daher sind sie unvererblich[4] und unveräußerlich[5]. Ob nicht

---

Ausübung hier lediglich durch das Interesse der berechtigten Person bestimmt wird (vgl. besonders l. 6 pr. D. de S. P. R. 8. 3). Ueber diesen Gegenstand gibt es besondere Abhandlungen von: Mühlenbruch Arch. f. civ. Pr. XV S. 382—393 (1842), Zachariae von Lingenthal das. XXVII S. 1 fg. (1844), R. Cohnfeldt die s. g. irregulären Servituten nach röm. Recht (1862, von der berliner Juristenfacultät gekrönte Preisschrift); s. außerdem Löhr Magaz. f. RW. und Gesetzgeb. III S. 495—497, Hasse Rhein. Mus. I S. 73 Note 3, Vangerow I § 339 Anm. Nr. 1, Elvers § 23, Böcking II S. 214—216, Schönemann § 28. Eine Uebersicht der Dogmengeschichte bei Zachariae a. a. O. S. 5—17 und bei Cohnfeldt § 2. (Dieser letzte Schriftsteller führt sehr genügend aus, daß das Recht auf einzelne Seiten des Fruchtgenusses und Gebrauches nicht Nießbrauch und Gebrauchsrecht sei, aber sehr ungenügend [S. 48. 26. 4], daß es den Inhalt einer persönlichen Dienstbarkeit überhaupt nicht bilden könne. Doch sind seine Quelleninterpretationen beachtenswerth.) Seuff. Arch. XXIX. 111, XXXVII. 97.

[3] Der römischen Theorie vom Nießbrauch unterliegen nicht durchweg eine Reihe nießbrauchähnlicher Verhältnisse, welche das deutsche Recht kennt, wie z. B. der Nießbrauch des Mannes am Vermögen der Frau, die Interimswirthschaft ꝛc. Es sind dieß selbständige Nutzungsrechte, die zunächst ihre eigene rechtliche Ordnung haben, und für welche die römischen Grundsätze vom Nießbrauch nur aushülfsweise in Betracht kommen können. Man hat in diesen Fällen von einem ususfructus iuris Germanici gesprochen. Vgl. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Eichhorn § 178, Mittermaier § 166, Gerber § 144 Note 2, Beseler § 193 z. A., Stobbe § 232. Seuff. Arch. I. 15, III. 9, V. 187, VII. 194, IX. 197.

[4] § 3 I. de usufr. 2. 4, l. 47 D. eod. 7. 1, l. 3 § 3 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 9 D. de usufr. ear. rer. 7. 5, l. 21 D. de usu 7. 8. S. jedoch § 215 Note 7.

[5] Sie können dem Eigenthümer rückübertragen werden, aber sie können nicht als Dienstbarkeiten an einen Andern gebracht werden, § 3 I. de usufr. 2. 4, l. 66 D. de I. D. 23. 3, l. 15 D. de fam. erc. 10. 2, l. 10 § 1 D. comm. div. 10 3. Die Uebertragung an einen Dritten ist wirkungslos; die in l. 66 cit. vorgetragene Meinung, daß die Dienstbarkeit allerdings nicht auf den Dritten übergehe, aber dafür an den Eigenthümer zurückfalle, beruht auf einer unrichtigen Auslegung des Uebertragungswillens. Die Formel für denselben ist nicht: 1) ich will nicht mehr haben, 2) du sollst haben — sondern: ich will nicht mehr haben, damit du habest. Diese Meinungsverschiedenheit

wenigstens ihre Ausübung überlassen werden kann, ist eine Frage, welche anders für den Nießbrauch, anders für das Gebrauchsrecht beantwortet ist (§ 205. 207).

Der gewöhnlichste Fall der Begründung der persönlichen Dienstbarkeiten ist der der Begründung durch letztwillige Verfügung[6], und auf diesen Fall ist ihre Theorie vorzugsweise berechnet.

2. Die einzelnen persönlichen Dienstbarkeiten.

a. Der Nießbrauch*.

§ 203.

Der Nießbrauch[1] ist das Recht, eine fremde Sache in jeder Weise zu nützen, welche ohne Eingriff in ihre Substanz möglich ist[2]. Im Einzelnen umfaßt der Nießbrauch: 1) das Recht, die Sache zu gebrauchen[3]; 2) das Recht auf die Früchte der Sache[4].

---

machte sich unter den römischen Juristen auch bei der Uebertragung des Besitzes geltend, s. § 156 Note 10. Vgl. noch Gai. II. 35. III. 85, Ulp. XIX. 14. Andere lassen l. 66 cit. nur sagen, daß die Dienstbarkeit an den Eigenthümer zurückfalle, wenn später in der Person des Uebertragenden ein Beendigungsgrund eintrete. Ueber diese und andere Meinungen in Betreff des bezeichneten Widerspruchs s. Puggé Rhein. Mus. I S. 145 fg. (1827), Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII S. 88 fg. (1851), Böcking § 164 Note 19, Vangerow I § 344 Anm. 2.

[6] Nicht als wenn ihre Begründung durch Willenserklärung unter Lebenden nicht möglich wäre; aber die Interessen des Verkehrs unter Lebenden werden verhältnißmäßig selten zur Begründung von persönlichen Dienstbarkeiten führen, während es bei letztwilligen Anordnungen ein nahe liegender Gedanke ist, dem Einen die Substanz der Sache, dem Andern den lebenslänglichen Genuß derselben zuzuwenden. Vgl. § 1 I. de usufr. 2. 4 mit § 4 I. de serv. praed. 2. 3.

* Inst. 2. 4 de usufructu. Dig. 7. 1 de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur. Cod. 3. 33 de usufructu et habitatione et ministerio servorum. — Elvers § 50—58. Glück IX S. 157 fg.; Böcking § 163—166, Sintenis § 59, Dernburg I § 246—248.

[1] Die Quellen sagen usufructus, indem sie hier, wie so oft, die Bezeichnung für die Thatsache zur Bezeichnung des Rechts verwenden. Von derselben Art sind die deutschen Ausdrücke Nießbrauch, Nutznießung. Vgl. § 43 Note 2. § 203.

[2] „Usufructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia", pr. I. h. t., l. 1 D. h. t.

[3] Usus. L. 12 § 1 l. 15 § 4. 5 l. 28 l. 41 pr. D. h. t., l. 9 § 3 D. usufr. quemadm. 7. 9; l. 23 § 1 D. h. t. Vgl. übrigens § 207 Note 6.

Ueber den Begriff der Frucht s. § 144; nach dem daselbst Gesagten ist Frucht Alles, was die Sache als Ertrag gewährt[5], auf natürlichem Wege (natürliche Früchte)[6], oder unter Vermittelung eines hinzutretenden Rechtsverhältnisses (juristische Früchte)[7]. Die

[4] Fructus in diesem Sinne. Der Ausdruck fructus hat aber auch einen weiteren Sinn; in diesem geht er auf den gesammten Nutzen, welchen die Sache gewährt, umfaßt also den usus mit. So wird der Nießbraucher ganz gewöhnlich fructuarius schlechthin genannt, und in l. 14 § 1 D. de usu 7. 8 heißt es: „Ususfructus an fructus legetur, nihil interest; nam fructui et usus inest". Vgl. Paul. sentent. III. 6 § 24, l. 41 D. de usu et usufr. 33. 2, l. 64 D. de R. V. 6. 1, l. 19 § 1 D. de usur. 22. 1, l. 58 D. de V. O. 45. 1. Die l. 64 cit. lautet: „Cum in rem agitur, eorum quoque nomine, quae usui non fructui sunt, restitui fructus certum est".

[5] L. 7 § 1 D. h. t.: — „quicunque reditus est . . quaeque obventiones". Aus dem Begriff der Frucht folgt, daß dem Nießbraucher nicht gehören die vom Sturme umgeworfenen Bäume (— „alioquin et si totus ager sit hunc casum passus, omnes arbores auferret fructuarius", l. 12 pr. D. h. t.), nicht Fell und Fleisch gestorbener Thiere (l. 30 D. quib. mod. usufr. 7. 4), nicht der Schatz (arg. l. 7. § 12 D. sol. matr. 24. 3). Ebensowenig gehörten ihm nach römischem Recht die Kinder der Sclavin, l. 27 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 68 pr. D. h. t., l. 28 § 1 D. de usur. 22. 1. Wenn ihm in l. 7 § 1 D. h. t. auch der Eigenthumserwerb wegen nicht geleisteter cautio damni infecti zugeschrieben wird, obgleich dieß gewiß kein Ertrag der Sache (kein Nutzen, welchen die Sache bestimmungsgemäß abwirft) ist, so ist zu erwägen, daß das Gleiche auch von solchen Personen gilt, welche gar kein Fruchtgenußrecht an der Sache haben (l. 18 pr. l. 13 § 5 l. 21 D. de damno inf. 39. 2). Vgl. Elvers S. 485. Seuff. Arch. XXXVII. 293.

[6] „Quidquid in fundo nascitur", l. 9 pr. l. 59 § 1 D. h. t. Producte von Thieren: l. 68 § 1 D. h. t., l. 28 pr. D. de usur. 22. 1 (§ 37 I. de R. D. 2. 1). Mineralien: l. 9 § 2. 3 D. h. t.; vgl. § 144 Note 8 und die daselbst citirte Abhandlung von Schröder. Ertrag der Jagd und Fischerei: l. 9 § 5 l. 62 pr. eod., Paul. sentent. III. 6 § 22 (ein anderer Gesichtspunkt für den Jagdertrag wird in l. 26 D. de usur. 22. 1 aufgestellt, ohne daß dadurch die für den Nießbrauch gegebene Regel berührt würde). Wächter Jagdrecht (§ 184 Note 5) S. 343 fg.

[7] „Quidquid in fundo nascitur, vel quidquid inde percipitur", l. 59 § 1 D. h. t., l. 9 pr. eod. L. 12 § 2 eod. „Usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere potest". Bei den Römern war hier von besonderer Wichtigkeit der Erwerb der Sclaven. Derselbe wurde jedoch dem Nießbraucher nicht unbedingt zugesprochen, sondern, wenn er entgeltlich war, nur dann, wenn der Entgelt aus seinem Vermögen genommen war oder in der Arbeit des Sclaven bestand, wenn er unentgeltlich war, nur dann, wenn die Zuwendung an den Sclaven mit Rücksicht auf die Person des Nießbrauchers geschehen war. L. 21—26 D. h. t.

natürlichen Früchte erwirbt der Nießbraucher erst durch die Besitzergreifung[8]; die juristischen werden hier, wie überall, durch Uebergabe von Seiten des Eigenthümers erworben[9].

Der Nießbraucher ist in der Ausübung seines Rechts an gewisse Schranken gebunden[10]. Vor Allem darf er die Sache nur

[8] L. 12 § 5 D. h. t., l. 13 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 25 § 1 l. 28 pr. D. de usur. 22. 1. Vgl. § 186 Note 5. 6. Daß die Frucht noch nicht reif war, hindert den Erwerb nicht, l. 48 § 1 D. h. t., l. 42 D. de usu et usufr. 33. 2. Vgl. überhaupt Göppert die organischen Erzeugnisse S. 382 fg., Köppen der Fruchterwerb des bonae fidei possessor S. 24 fg. — Auf Ersatz der auf die stehende Ernte verwendeten Kosten hat der Nießbraucher bei Beendigung des Nießbrauches keinen Anspruch. Buchka und Budde Entscheidung des OAG. zu Rostock IV Nr. 39 (Seuff. Arch. XVI. 274).

[9] Juristische Früchte sind namentlich Mieth- und Pachtgelder. Wie nun wenn der Nießbrauch inmitten einer Mieth- oder Pachtperiode beginnt oder endet, muß dann nicht der Zins dieser Periode, unabhängig davon wer ihn eingenommen hat, zwischen dem Eigenthümer und dem Nießbraucher (bez. dessen Erben) verhältnißmäßig getheilt werden? Man bemerke, daß der Mieth- und Pachtvertrag so wenig vom Eigenthümer auf den Nießbraucher, wie vom Nießbraucher auf den Eigenthümer übergeht; jeder hat es nur mit seinem Miether und Pächter zu thun, und hat demselben gegenüber Anspruch auf den Zins nach Maßgabe des demselben gewährten Gebrauches und Genusses (l. 58 pr. l. 59 § 1 D. h. t., l. 9 § 1 D. loc. 19. 2). Vgl. Seuff. Arch. XIV. 115, aber auch Dernburg I § 247 Note 11. — Wie aber, wenn das Forderungsrecht auf die juristischen Früchte in der That von dem Abtretenden auf den neu Eintretenden übergeht, wie z. B. bei einem zum Nießbrauch gegebenen emphyteutischen oder superficiarischen Grundstück, bei Zehnten und Grundgefällen, welche kraft des Nießbrauch-Grundstücks gefordert werden können (ein anderes, heutzutage nicht mehr praktisches, Beispiel in l. 25 § 2 l. 26 D. h. t.)? Wenn auf Emphyteusis und Superficies die Analogie von Pacht und Miethe angewendet wird, so ist (auf Grund von l. 26. 58 pr. h. t., vgl. l. 9 § 1 D. loc. 19. 2) zu sagen, daß bei der Superficies der Zins der letzten Zinsperiode zwischen Eigenthümer und Nießbraucher allerdings verhältnißmäßig zu vertheilen, bei der Emphyteusis dagegen darauf zu sehen ist, ob die natürliche Fruchtperception in die Zeit des Nießbrauchs, oder in die des Eigenthums gefallen ist. Jedoch ist die Anwendung dieser Analogie nicht ohne Bedenken. Entschieden keine Anwendung kann sie finden, wo das zu Leistende ein Aequivalent des Gebrauchs und Genusses der dem Nießbrauch unterworfenen Sache überhaupt nicht ist, wie bei Zehnten und Grundgefällen; hier kann nur daraufgesehen werden, zu welcher Zeit die letzte periodische Leistung fällig geworden ist. Vgl. Wächter Erörterungen I S. 73—87, Mommsen Erörterungen I S. 134 fg., Stammler Nießbrauch an Forderungen S. 142 fg.

in einer Weise nützen, wie es die Regeln einer guten Wirthschaft mit sich bringen[11]. Aber auch abgesehen hiervon ist ihm keine Nützung gestattet, welche entweder gegen die Bestimmung der Sache verstößt[12] oder in Widerspruch mit der Art und Weise steht, wie der Eigenthümer seine Sache zu nützen pflegt[13]. Endlich ist seinem Nützungsrecht eine Schranke dadurch gesetzt, daß er die Sache nicht umgestalten darf; er muß sie nützen in der Gestalt, wie sie ist[14].

---

[10] Sie werden in den Ausdruck zusammengefaßt, der Nießbraucher müsse sein Recht ausüben „boni viri arbitratu", l. 13 pr. § 6. 8 D. h. t., l. 1 pr. de usufr. quemadm. 7. 9.

[11] Der Nießbraucher muß sein Recht ausüben wie ein „bonus paterfamilias", wie ein „bonus vir", l. 9 § 2 l. 15 § 4 D. h. t., § 38 I. de R. D. 2. 1. Vgl. l. 13 § 4 D. h. t. Ueber die Nützung von Holz insbesondere s. l. 9 § 7 — l. 12 pr. l. 18. 48 § 1 D. h. t., und die Abhandlung von Laspeyres Arch. f. civ. Pr. XIX S. 71 fg. (1836), vgl. Vangerow I § 344 Anm. 1, Elvers S. 482—484; Seuff. Arch. III. 9, XXXVII. 293. Die Jungen einer Heerde fallen an den Nießbraucher nur insoweit, als sie nicht zum Ersatz der abgegangenen Stücke erforderlich sind, l. 70 § 1 D. h. t., l. 12 § 5 eod. Vgl. Göppert die organischen Erzeugnisse S. 288 fg. 300 fg., Wächter das schwebende Eigenthum S. 10 fg.

[12] L. 15 § 1 D. h. t. „Mancipiorum quoque usufructu legato non debet abuti, sed secundum condicionem eorum uti. Nam si librarium rus mittat et qualum et calcem portare cogat, histrionem balniatorem faciat, vel de symphonia atriensem, vel de palaestra stercorandis latrinis praeponat, abuti videbitur proprietate".

[13] L. 13 § 8 D. h. t. „Item si domus usufructus legatus sit, meritoria illic facere fructuarius non debet, nec per cenacula dividere domum. Atquin locare potest, sed oportebit quasi domum locare; nec balineum ibi faciendum est. Quod autem dicit, meritoria non facturum, ita accipe, quae vulgo deversoria vel fullonica appellant. Ego quidem, et si balineum sit in domo usibus dominicis solitum vacare in intima parte domus vel inter diaetas amoenas, non recte nec ex boni viri arbitratu facturum, si id locare coeperit, ut publice lavet; non magis quam si domum ad stationem iumentorum locaverit, aut si stabulum, quod erat domus iumentis et carruchis vacans, pistrino locaverit, (l. 14) licet multo minus ex ea re fructum percipiat". Vgl. l. 13 § 6 eod. Aber auch nur eine der Art und Weise des Eigenthümers widersprechende Nützung ist dem Nießbraucher untersagt, nicht jede von ihr abweichende, l. 9 i. f. l. 15 § 5 l. 27 § 1. 2 D. h. t.

[14] Damit ist aber nicht gesagt, daß der Nießbraucher keine irgendwelche Aenderung mit der Sache vornehmen dürfe. Es darf z. B. der Nießbraucher eines Lustgartens aus demselben keinen Fruchtgarten machen (l. 13 § 4 D. h. t.); aber dem Nießbraucher eines Landgutes ist es nicht verboten, auf

Soweit das Recht des Nießbrauchers geht, ist das des Eigenthümers ausgeschlossen. Dagegen ist dem Eigenthümer keine Befugniß entzogen, durch deren Ausübung der Nießbrauch nicht beeinträchtigt wird[15]. Der Eigenthümer kann daher namentlich sein Eigenthumsrecht einem Andern übertragen; er kann die Sache verpfänden[16], und auch Dienstbarkeiten, welche dem Nießbraucher nicht schaden[17], auf dieselbe legen[18].

§ 204.

Mit dem Rechte des Nießbrauchs sind obligatorische Verpflichtungen verbunden[1]. Dieselben gehen auf Ersatz alles Schadens,

---

einem Theil desselben einen Steinbruch u. dgl. anzulegen, wenn nur der Charakter des Landgutes gewahrt bleibt (l. 9 § 3 l. 13 § 5 D. h. t., und dazu Madai Beitr. zur Dogmengeschichte S. 92—138, Keil Arch. f. civ. Pr. XXXV S. 365 fg., Vangerow I § 344 Anm. 2 und die an diesen Orten Citirten). S. auch § 6 i. f. eod., l. 73 D. h. t. Die Grenze zwischen bloßer Umänderung und Umgestaltung kann natürlich in einem gegebenen Falle eine schwierig zu findende sein. In l. 13 § 7 D. h. t. heißt es, der Nießbraucher eines Hauses dürfe „lumina immittere", ebenso „colores et picturas et marmora . . . et sigilla et si quid ad domus ornatum"; aber er dürfe nicht „diaetas transformare vel coniungere aut separare . . . . . vel aditus posticasve vertere, vel refugia aperire, vel atrium mutare, vel viridaria ad alium modum convertere, excolere enim, quod invenit, potest qualitate aedium non immutata". S. auch l. 7 § 3 l. 8. 44. 61 D. h. t. Ueber das Ganze vgl. Elvers S. 466—473, Sintenis I § 59 Anm. 22, und den oben citirten Aufsatz von Keil Arch. f. civ. Pr. XXXV S. 358 fg. (1852).

[15] L. 7 § 1 l. 13 § 7 i. f. D. h. t., l. 17 § 2 l. 25 § 3 eod.

[16] L. 2 C. h. t.

[17] z. B. die servitus non altius tollendi.

[18] L. 15 § 7 l. 16 D. h. t. Dienstbarkeiten, welche dem Nießbraucher schaden, soll er nach dieser Stelle nicht einmal mit dessen Einwilligung bestellen können. Dieser Satz, welcher sich wahrscheinlich aus der alten Bestellungsform der Dienstbarkeit durch in iure cessio erklärt (Keller röm. Civilpr. § 24 Note 281), ist heutzutage nicht mehr anwendbar, da nichts verbietet, einen solchen Consens des Nießbrauchers als Rückgabe des Nießbrauchs zum Wiederempfang nach Bestellung der Servitut auszulegen. So, wie mir scheint in überzeugender Weise, Arndts § 179 Note 5; übereinstimmend Elvers S. 258—260, Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 94, Sintenis I § 59 Note 45. Andere Meinungen über den Grund und die heutige Anwendbarkeit des angeführten Satzes bei Zachariae Zeitschr. f. gesch. RW. XIV S. 133, Vangerow § 338 Anm. 2 Nr. 3, Böcking § 164 Note 22.

[1] Diese Verbindlichkeiten beruhen nach römischem Recht auf einer Sti- § 204.
pulation, welche der Nießbraucher auf Verlangen des Eigenthümers mit dem-

welcher durch eine unbefugte Ausübung des Nießbrauchs dem Eigenthümer erwachsen ist[2]; ferner auf Leistung der positiven Sorgfalt und Pflege, welche ein ordentlicher Mann auf seine eigene Sache verwendet, bez. auf Ersatz desjenigen Schadens, welcher durch Versäumung dieser Pflicht dem Eigenthümer zugefügt ist[3]. Außerdem muß der Nießbraucher, welcher allen Nutzen der Sache hat, auch die Lasten derselben tragen[4]. Auch auf Herausgabe der Sache nach Beendigung des Nießbrauchs haftet er nicht bloß kraft des Eigenthums, sondern zugleich obligatorisch[5].

selben abschließen mußte. Dig. 7. 9 usufructuarius quemadmodum caveat. Durch diese Stipulation sollte die gehörige Grundlage für die vom Nießbraucher beizubringende Bürgschaft (Note 6) gewonnen werden. Es unterliegt wohl keinem Zweifel, daß nach heutigem Recht der Anspruch des Eigenthümers statt auf das Versprechen, sogleich auf den Inhalt des zu leistenden Versprechens gerichtet werden kann. Mit andern Worten: die Obligation des Nießbrauchers ist heutzutage eine gesetzliche. Vgl. l. 5 § 1 D. de usufr. ear. rer. 7. 5, l. 9 § 4 D. ad exh. 10. 4, l. 10 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 1 § 17 i. f. D. ut leg. 36. 3. A. M. das Urtheil bei Seuff. Arch. XVI. 10. Vgl. noch Ihering Geist des röm. R. III S. 130—131. 261 fg., Bekker Aktionen II S. 49, Eisele Zeitschr. f. Schweiz. Recht XXV S. 46. 47 (welcher die Analogie der actio pignoraticia anregt).

[2] „Cavere autem debet, viri boni arbitratu perceptum iri usumfructum, hoc est, non deteriorem se causam usufructus facturum", l. 1 § 3 D. usufr. quemadm. 7. 9. Daß der Nießbraucher wegen unbefugter Behandlung der Sache auch auf Grund der allgemeinen Rechtssätze, welche einen Jeden verpflichten, in Anspruch genommen werden kann (actio legis Aquiliae, iniuriarum etc.), versteht sich von selbst, vgl. l. 13 § 2 l. 15 § 3 l. 66 D. h. t.

[3] Die in der vorigen Note citirte l. 1 § 3 D. usufr. quemadm. fährt fort: — „caeteraque facturum, quae in re sua faceret". Paul. sentent. III. 6 § 27 bezeichnet als Gegenstand der Caution: „perinde omnia se usurum, ac si optimus paterfamilias uteretur", vgl. § 38 I. de R. D. 2. 1, l. 65 pr. D. h. t., l. 2 D. usufr. quemadm. 7. 9. Einzelnes: Reparatur der Gebäude (l. 7 § 2. 3 l. 64. 65 D. l. 7. C. h. t., Seuff. Arch. XXXVI. 14); Instandhaltung fruchttragender Grundstücke (§ 38 I. de R. D. 2. 1, l. 7 § 3 l. 13 § 2 l. 18 l. 59 pr. D. h. t.); Ernährung und Erhaltung der Thiere (arg. l. 15 § 2 l. 45 D. h. t.); Ergänzung einer Heerde (§ 38 I. de R. D. 2. 1, l. 12 § 5 l. 68 § 2 — l. 70 D. h. t., vgl. § 203 Note 11 a. E.), eines Thiergartens (l. 62 § 1 D. h. t.), einer Baumschule (l. 9 § 6 D. h. t.); Unterbrechung der zum Nachtheil des Eigenthümers laufenden Verjährungen (l. 15 § 7 D. h. t., l. 1 § 7 D. usufr. quemadm. 7. 9).

[4] L. 7 § 2 l. 27 § 3 l. 52 D. h. t. Auch die Versicherungskosten: Seuff. Arch. XV. 107.

Zur Sicherheit der Erfüllung aller dieser Verbindlichkeiten muß er dem Eigenthümer Bürgschaft stellen[6]; sonst braucht der Eigenthümer ihm die Sache nicht auszuantworten, und kann die bereits ausgeantwortete zurückfordern; der Eigenthümer kann aber auch geradezu auf Bürgschaftsstellung klagen[7]. Jedoch fällt die Pflicht zur Bürgschaftsstellung in gewissen Fällen weg[8]; auch kann sie

---

[5] Die cautio usufructuaria geht nicht bloß auf „usurum se boni viri arbitratu" sondern auch auf „cum usufructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde exstabit", l. 1 pr. D. usufr. quemadm. 7. 9. Eine dritte Clausel, welche aber keinen specifisch neuen Inhalt hinzubringt, nennt l. 5 pr. eod.: „dolum malum abesse afuturumque esse". — Auf Erfüllung der anderen vorhin genannten Verbindlichkeiten kann nicht erst nach Beendigung des Nießbrauchs geklagt werden. Seuff. Arch. X. 234.

[6] Diese Pflicht zur Bürgschaftsleistung ist ursprünglich nur für den Fall des letztwillig hinterlassenen Nießbrauchs ausgesprochen, dann aber auf alle Fälle der Bestellung desselben ausgedehnt worden. L. 13 pr. D. h. t., l. 4 C. h. t. Vgl. Seuff. Arch. XV. 105, XXIV. 301. Errichtung eines Inventars? L. 1 § 4 D. usufr. quemadm. 7. 9. Seuff. Arch. IX. 137, XIII. 105.

[7] L. 13 pr. D. h. t., l. 7 pr. l. 12 D. usufr. quemadm. 7. 9, vgl. l. 24 pr. D. de usu et usufr. 33. 2. Vgl. Bürkel Beitr. zur Lehre vom Nießbrauch S. 142—145. — Auf die vor geleisteter Caution erfallenen Früchte hat der Nießbraucher jedenfalls dann keinen Anspruch, wenn er nicht im Besitz ist. Arg. l. 24 cit., l. 8 D. de usufr. ear. 7. 5. Wie aber wenn er im Besitz ist? Es wird zu unterscheiden sein, ob er mit oder ohne Willen des Eigenthümes in den Besitz gelangt ist, und im ersten Fall, ob nicht der Eigenthümer die Einräumung des Genusses rückgängig machen kann (namentlich auch mit condictio indebiti oder ob causam datorum). Doch ist dieser Punkt bestritten. Vgl. Glück IX S. 489 fg., Elvers S. 563 fg., Bürkel a. a. O. S. 91 fg., Stammler Nießbrauch an Forderungen S. 128 fg., Mansbach Nießbrauch an Forderungen S. 81 fg., Hanausek uneigentl. Nießbrauch S. 32 fg., Dernburg I § 248 Note 12. Seuff. Arch. XXI. 216, XXII. 218. Ebenso ist bestritten, ob der Mangel der Caution dem Nießbraucher auch von Dritten entgegengesetzt werden kann. Seuff. Arch. XI. 164, XIX. 126, XX. 208. Die Bejahung der Frage möchte am Meisten für sich haben; es ist im Sinne des römischen Rechts nicht wohl anzunehmen, daß dem Eigenthümer seine Sicherheit auf einem Umwege sollte verbracht werden dürfen. A. M. neuerdings Mansbach a. a. O., Dernburg I § 248 Note 11. Daß der Mangel der Caution von Amtswegen zu berücksichtigen sei, nimmt an das Urtheil Seuff. Arch. XXX. 82 (Lübeck).

[8] Für den Nießbraucher, welchem nach einer bestimmten Zeit auch das Eigenthum zufällt (l. 9 § 2 D. usufr. quemadm. 7. 9); für den Vater, welcher den gesetzlichen Nießbrauch am Vermögen seiner Kinder hat (l. 8 § 4 C. de bon. quae lib. 6. 61, vgl. Seuff. Arch. XX. 48, XXXII. 22); für

vom Eigenthümer erlassen werden, jedoch nicht vom Erblasser für einen letztwillig verliehenen Nießbrauch[9].

§ 205.

Der Nießbrauch ist, wie die persönlichen Dienstbarkeiten überhaupt, unvererblich und unveräußerlich[1]. Dagegen ist die Ausübung desselben nicht unveräußerlich[2]; dieselbe kann sowohl gegen Entgelt als unentgeltlich einem Andern überlassen werden[3]. Derjenige, an welchen die Ausübung veräußert worden ist, hat nicht bloß ein obligatorisches Recht gegen den Veräußerer; er kann auch den fremden Nießbrauch kraft eigenen Rechts geltend machen[4]. Nur

---

den Ehegatten, welcher bei Eingehung einer zweiten Ehe den Nießbrauch am Ehegewinn behält, jedoch nur, was die unbeweglichen Sachen angeht (l. 6 § 4 [1] C. de sec. nupt. 5. 9); für denjenigen, welcher einen Nießbrauch als Mitgift hat (l. 2 C. ne fideiussores dotium dentur 5. 20). Außerdem nimmt die Praxis noch den Fall des Schenkers aus, welcher sich den Nießbrauch des Geschenkten vorbehalten hat, Glück IX S. 484. Seuff. Arch. XXXI. 207. Vgl. auch § 134 Note 5.

[9] L. 7 C. ut in poss. leg. 6. 54, vgl. l. 6 pr. D. eod. 36. 4, l. 1 C. de usufr. 3. 33. Diese Stellen sprechen die Ungültigkeit des testamentarischen Erlasses zu bestimmt aus, als daß man sich über dieselben hinwegsetzen dürfte, wie dieß mit verschiedenen Wendungen (namentlich auch mit Hinweis auf die antiquirte lex Iulia et Papia Poppaea, lex Iulia vicesimaria und die, nach Justinianischem Recht nicht mehr absolute, lex Falcidia) thun Böcking § 165 Note 44, Rudorff zu Puchta § 181 n. a. E., Elvers S. 554 fg., Hanausek (Note 7) S. 37 fg., Dernburg I S. 590, und die ersten Ausgaben dieses Lehrbuchs. Für die Ungültigkeit die Aelteren (Glück IX S. 419, Thibaut Pand. § 764), ferner Sintenis I § 59 Anm. 39, Brinz S. 269 (2. Aufl. I S. 777), Bürkel Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch S. 147 fg., und die Praxis. Seuff. Arch. IV. 206, IX. 137, XIX. 126. 174, XXIII. 281, XXV. 144. (Beim Erbvertrag nimmt das Gegentheil an XXX. 122.)

§ 205. [1] S. § 202 Note 4 und 5.

[2] L. 66 D. de I. D. 23. 3: — „ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat".

[3] L. 12 § 2 l. 38. 40. 67 D. h. t., l. 8 § 2 D. de per. 18. 6, l. 11 § 2 D. de pign. 20. 1, l. 7 § 2 l. 66 D. de I. D. 23. 3, l. 57 D. sol. matr. 24. 3. Der Ausdruck der Quellen ist hier nicht immer genau; sie sprechen ganz gewöhnlich von Verkauf, Schenkung ꝛc. ꝛc. des Nießbrauchs, statt: der Ausübung des Nießbrauchs.

[4] L. 11 § 2 D. de pign. 20. 1. „Usufructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est . . . Et scribit Papinianus l. XI. Resp., tuendum creditorem, et si velit cum creditore proprietarius agere 'non esse ei ius uti frui invito se', tali exceptione eum praetor tuebitur 'si

in Einem Falle ist der Nießbrauch selbst veräußerlich, wenn er nämlich Jemandem letztwillig bloß zu dem Ende gegeben worden ist, damit dieser ihn an einen Dritten weiter gebe; der Dritte erwirbt in diesem Fall durch die Uebertragung des Nießbrauchs einen eigenen Nießbrauch, nicht bloß das Recht zur Ausübung eines fremden[5].

---

non inter creditorem et eum, ad quem ususfructus pertinet, convenerit, ut ususfructus pignori sit'. Nam et cum emtorem ususfructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori obicietur exceptio". Der Schluß von der exceptio auf die actio hat keinen Anstand. Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 98 hält diese actio für eine cedirte, woraus folgen würde, daß sie gegen den veräußernden Nießbraucher selbst nicht zulässig wäre. In der That aber ist sie eine eigene actio („*eadem ratione* et debitori obicietur exceptio"), freilich aus fremdem Recht; der Erwerber macht die an ein fremdes Subject angeknüpfte Willensherrschaft für sich, zu seinem Nutzen, geltend, also auch gegen dieses Subject selbst. S. § 48a und Windscheid die Actio ꝛc. ꝛc. S. 136, vgl. auch Dernburg Pfandrecht I S. 486. A. Schmid Grundlehren der Cession II S. 340 fg. Seuff. Arch. XXXV. 189 (RG.). — Mit dem Nießbrauche hört auch das Recht auf Ausübung desselben auf. Jedoch ist dieser Satz kein absoluter. Es hört nicht auf, wenn der Nießbraucher den Nießbrauch an den Eigenthümer rücküberträgt; in diesem Fall geht zwar der Nießbrauch als solcher unter, aber da der Nießbraucher sein Recht nur so übertragen konnte, wie er es hatte, so dauert für denjenigen, an welchen der Nießbrauch veräußert worden war, das Recht auf Ausübung einer gleichen Willensmacht, wie die im Nießbrauch enthaltene, fort. Das Nämliche muß gelten, wenn der Nießbraucher seinerseits das Eigenthum erwirbt; die der fremden Ausübung hingegebene Willensmacht ist zwar formal untergegangen, aber materiell besteht sie fort. Man kann auch so sagen: das an dem Nießbrauch stattfindende Recht hält, so weit es reicht, den Nießbrauch trotz seines Untergangs als Nießbrauch fest. Eine schlagende Analogie dafür gibt l. 3 § 2 D. de usufr. accr. 7. 2: — „si duobus ususfructus legetur et apud alterum sit consolidatus, ius accrescendi non perit neque ei, apud quem consolidatus est, neque ab eo, et ipse, quibus modis amitteret ante consolidationem, iisdem et nunc amittet". Die Einwendung, welche Mansbach Nießbrauch an Forderungen S. 41 Note 24 gegen diese Analogie erhebt, beruht auf einem Mißverständniß der Stelle. Gegen das Gesagte darf auch nicht l. 8 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6 angeführt werden, welche nur die Regel bezeichnet. Vgl. § 65a und § 248 Note 11. Fritz Arch. f. civ. Pr. VIII S. 296 fg. Erläuterungen I S. 271 fg.

[5] In den Quellen ist dieß zwar nur für die prätorische Jurisdiction anerkannt, während nach Civilrecht auch hier der Uebertragende nominell Nießbraucher blieb; aber für uns, wie bereits für das spätere römische Recht, ist

Der Nießbrauch ist ein theilbares Recht[6], d. h. Mehrere können den Nießbrauch zusammen nach Antheilen (Bruchtheilen) haben[7] und es kann Jemand den Nießbrauch zu einem Antheil neben dem Eigenthümer haben[8]. Der Sinn dieser Theilung ist aber auch hier, wie beim Eigenthum (§ 142 Note 11), nicht der, daß das Recht getheilt wäre, sondern lediglich der, daß dem Antheilsberechtigten von dem reell theilbaren Ertrage des Nießbrauches, und von dem, was durch Umsatz des Nießbrauches erworben werden kann, nur ein Bruchtheil gebührt[9].

---

dieser Gegensatz ohne alle Bedeutung. Weil hier der Empfänger einen eigenen Nießbrauch hat, ist er es, welcher Caution leisten muß, und durch dessen Tod, Nichtgebrauch ꝛc. ꝛc. der Nießbrauch untergeht. L. 9 pr. D. usufr. quemadm. 7. 9, l. 4 l. 29 § 2 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 29 D. de usu et usufr. 33. 2. Vgl. Windscheid die Actio ꝛc. ꝛc. S. 137—139. — Es ist die Behauptung aufgestellt worden (Dernburg [der ältere] Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. II S. 53 fg., Elvers § 27), der Nießbrauch sei überhaupt veräußerlich, freilich so, daß er auch beim Erwerber nicht länger dauere, als der Veräußerer lebe, weil dieser nicht mehr übertragen könne, als er habe. S. dawider Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII. S. 96 fg., Windscheid a. a. O., Dernburg Pfandr. I S. 485. Pand. I § 246 Note 5, Vangerow I § 344 Anm. 3.

[6] L. 1 § 9 l. 81 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 13 § 1 D. de accept. 46. 4. Vgl. hierüber, und über die Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Rechte überhaupt Steinlechner das Wesen der juris communio I S. 138 fg. II S. 256 fg., Rümelin Theilung der Rechte S. 25 fg. 117 fg., Scheurl Theilbarkeit als Eigenschaft von Rechten S. 44 fg.

[7] Ob man sagt: ein Bruchtheil des Nießbrauchs, oder: der Nießbrauch an einem Bruchtheil der Sache, kommt auf Dasselbe hinaus. Und in der That sagen die Quellen Beides. S. die Stellen der folgenden Note, auch l. 13 § 1 D. de accept. 46. 4. Vgl. § 142 Note 11.

[8] L. 5. 49. 50 D. h. t., l. 5 § 2 D. si usufr. pet. 7. 6, und der ganze Titel de usufructu accrescendo 7. 2.

[9] So ist zu verstehen l. 19 D. de usu 7. 8: „frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus“. — Wie durch den im gemeinschaftlichen Eigenthum stehenden Sclaven, wird auch durch den im gemeinschaftlichen Nießbrauch stehenden dem einen Berechtigten das Ganze erworben, wenn der Erwerb durch den andern ausgeschlossen ist. L. 32 D. de stip. serv. 45. 3 (vgl. § 169a Note 5). — Baron Gesammtrechtsverhältnisse § 13, obgleich die im Texte bezeichnete Theilung anerkennend, wie es ja nicht anders möglich ist, erklärt dennoch den Nießbrauch für ein untheilbares Recht. Er ist dabei geleitet durch das Streben ein neues „Gesammtrechtsverhältniß“ (§ 169a Note 8 a. E.) zu entdecken. Er schreibt aber dieser behaupteten Untheilbarkeit des Nießbrauchs keine andere Bedeutung zu, als die, Erklärungs-

Uneigentlicher Nießbrauch*.

§ 206.

An Sachen, welche durch den Gebrauch, zu welchem sie bestimmt sind, vernichtet werden[1], ist der Nießbrauch seinem Begriff nach ausgeschlossen. Jedoch wird, wenn nichtsdestoweniger ein Nießbrauch an solchen Sachen verliehen wird, die Verleihung dadurch aufrecht erhalten[2], daß dem Empfänger das Eigenthum dieser Sachen zugesprochen wird gegen die Verpflichtung, bei Beendigung des Nießbrauchs eine gleiche Quantität gleicher Sachen, oder, wenn dieß ausgemacht worden ist, ihren Schätzungswerth herauszugeben[3]; mit andern Worten: der Nießbrauch am Körper

---

grund zu sein für das Anwachsungsrecht unter Nießbrauchsvermächtnißnehmern auch nach gemachtem Erwerbe. Vgl. Vangerow II § 554 Anm. 1 Nr. II.

* Dig. 7. 5 de usufructu earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur. — Held die Lehre vom ususfructus earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur (1848). H. Bürkel Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch Nr. 1 (1864) Hanausek die Lehre vom uneigentlichen Nießbrauch nach gemeinem Recht (1879). Elvers § 58. Glück IX S. 387 fg. Böcking § 166, Dernburg I § 250.

[1] Res quae usu consumuntur, tolluntur, quae in abusu sunt, verbrauchbare Sachen. S. § 141 Note 1. § 206.

[2] Dieß beruht auf einer besonderen gesetzlichen Bestimmung, einem senatusconsultum aus der ersten Kaiserzeit (Puchta Rhein. Mus. III S. 82 fg. [kleine Schriften S. 214 fg.] glaubt, dasselbe sei schon zur Zeit des Cicero vorhanden gewesen; dagegen Böcking § 166 Note 6 und Bürkel S. 31 fg., welcher Letztere [S. 25 fg.] den Senatsbeschluß nicht, wie Andere thun, nach der l. Iulia et Papia Poppaea, sondern vor dieselbe setzt; dieselbe habe den Senatsbeschluß nicht nöthig gemacht, sondern vorausgesetzt). Dieses senatusconsultum bestimmte im Allgemeinen: „ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit", ohne Zweifel um den Nießbrauch am ganzen Vermögen oder einem Bruchtheil desselben möglich zu machen. L. 1 D. h. t.; vgl. § 2 I. de usufr. 2. 4, Ulp. XXIV. 27.

[3] Die Quellen behandeln als Grundlage auch dieser Verpflichtung (vgl. § 204 Note 1) eine von dem Nießbraucher zu leistende cautio, l. 2 pr. l. 6. 7. 9. 10 D. h. t., l. 7 § 1 D. usufr. quemadm. 7. 9, § 2 I. de usufr. 2. 4; sie erkennen aber hier ausdrücklich an, daß das Rückforderungsrecht von der cautio unabhängig sei, l. 5 § 1 D. h. t., l. 9 § 4 D. ad exh. 10. 4, l. 10 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 1 § 17 i. f. D. ut leg. 36. 3. — Von dem Vertrage, daß statt des Empfangenen der Schätzungswerth zurückgegeben werden solle, reden l. 7 D. h. t., § 2 I. cit. Man darf nicht sagen, daß auch ohne Vertrag der Nießbraucher nach seinem Belieben, statt in gleichen Sachen, in

der Sache, welcher nicht möglich ist[4], wird, wirthschaftlich gedacht, verwandelt in einen Nießbrauch am Werth der Sache[4a]. Natürlich muß der Nießbraucher für die Erfüllung seiner Verbindlichkeit auch hier Sicherheit stellen[5]. Handelt es sich um Sachen, welche durch ihren bestimmungsmäßigen Gebrauch zwar nicht vernichtet, aber doch werthlos gemacht werden, so ist darauf zu sehen, ob der Verleihende den Nießbrauch als eigentlichen oder uneigentlichen gemeint hat[6].

Der Nießbrauch ist aber nicht bloß auf verbrauchbare und abnützbare körperliche Sachen, er ist auch auf unkörperliche Sachen, d. h. auf Rechte, ausgedehnt worden[6a]. So namentlich

1) auf Forderungsrechte[7]. Die rechtliche Stellung, welche

Geld zurückgeben dürfe; man würde ihm damit unbilligerweise den Vortheil der Preisdifferenz zusprechen. Bürkel S. 43—44, s. aber auch Hanausek S. 31.

[4] § 2 I. cit.: — „Ergo senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum, nec enim poterat, sed per cautionem quasi usumfructum constituit". L. 2 § 1 D. h. t.

[4a] Der uneigentliche Nießbrauch ist bloß für die wirthschaftliche Betrachtung Recht an fremder Sache; seiner juristischen Form nach ist er eine Verbindung von Eigenthum und Obligation.

[5] L. 8 D. h. t., § 2 I. de usufr. 2. 4, l. 6 pr. D. ut in poss. leg. 36. 4. In Betreff der Ausnahmen von der Verpflichtung zur Bürgschaftsleistung ist das Gleiche zu sagen, wie für den eigentlichen Nießbrauch; ebenso über die Möglichkeit des Erlasses derselben. S. § 204 Note 7—9.

[6] In § 2 I. de usufr. 2. 4 wird der Nießbrauch an Kleidern als uneigentlicher Nießbrauch behandelt, in l. 9 § 3 D. usufr. quemadm. 7. 9 und l. 15 § 4 D. de usufr. 7. 1 als eigentlicher oder doch möglicherweise eigentlicher (in l. 15 § 4 cit. ist nicht zu lesen: „sicut", sondern „sic ut"). Ein nahe liegender Anhaltspunkt für die Bestimmung des Willens des Verleihenden ist, ob der Nießbrauch an der abnützbaren Sache als solcher gegeben ist, oder an einem ganzen Vermögen, in welchem auch abnützbare Sachen enthalten sind; im ersten Fall ist die Wahrscheinlichkeit dafür, daß er als eigentlicher, im zweiten Fall dafür, daß er als uneigentlicher gemeint sei. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Madai Beitr. zur Dogmengeschichte S. 139—187, Held S. 41—46, Elvers S. 594—596, Arndts in Haimerl's VJSchr. V Nr. 4 (1860, Gesammelte Schriften I S. 196 fg.), Bürkel S. 75—80, Jhering Jahrb. f. Dogm. XV S. 401 fg., Hanausek S. 16 fg., Dernburg I § 249 Note 5.

[6a] Vgl. § 48a.

[7] L. 3. 4 D. h. t., l. 24 pr. l. 37 D. de usu et usufr. 33. 2, l. 1 C. de usufr. 3. 33. — Von dem Nießbrauch an Forderungen handeln die Auf-

der Nießbrauch an einem Forderungsrecht dem Nießbraucher gewährt[8], ist eine verschiedene je nach dem Gegenstand des Forderungsrechts[8a]. Geht das Forderungsrecht auf periodisch sich wiederholende Leistungen oder ist mit demselben das Recht auf solche Leistungen verbunden, z. B. ein Zinsrecht, so erhält der Nießbraucher die Forderungsrechte auf die während der Dauer des Nießbrauchs erfallenden Leistungen[9] als eigene[10]. Geht das Forderungsrecht auf eine dauernde Leistung[11], so hat der Nießbraucher das Recht, das Forderungsrecht zum Zweck der Erlangung

sätze von Steinberger Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI S. 149 fg. (1854) und Dunker Arch. f. prakt. RW. VI S. 97 fg. (1859), die bei * citirte Schrift von Hanausek S. 39 fg. und die Schriften von Mansbach und von Stammler, beide unter dem Titel: der Nießbrauch an Forderungen, und beide aus dem Jahre 1880. Im Anschluß an diese drei Schriften: Hartmann zur Lehre vom Nießbrauch an Rechten, insbesondere an Forderungsrechten, krit. VJSchr. XXII S. 518 fg. (1880). Ueber die Schriften von Mansbach und Stammler: Strohal Grünhut's Zeitschr. IX S. 77 fg. S. ferner Bürkel § 9, Elvers S. 596—601, Mühlenbruch Cession § 47 Note 15, A. Schmid Grundlehren der Cession I S. 180 fg. 219 fg., Böcking II S. 259. 260, Sintenis I § 59 a. E., Brinz 2. Aufl. I S. 779, Dernburg I S. 594 fg. Eine gute dogmengeschichtliche Uebersicht gibt Stammler a. a. O. S. 27 fg. Aus der Praxis: Seuff. Arch. XI. 164, XIX. 126, XXXIV. 18 (diese Erkenntnisse handeln nur von der Caution beim Forderungsnießbrauch).

[8] Die Meinungen über dieselbe gehen sehr auseinander, wie das bei der Dürftigkeit der Quellen erklärlich ist. Die Entscheidung läßt sich nur durch Entwickelung des wirthschaftlichen Gedankens des Nießbrauchs gewinnen, und diese führt die Verschiedenen zu verschiedenen Resultaten. — Am Einfachsten wird ohne Zweifel das Verhältniß, wenn man die Forderungen wie eine verbrauchbare Sache behandelt, so daß der Nießbraucher einerseits unbedingter Herr derselben wird, andererseits aber auch zur Restitution unbedingt verpflichtet ist, auch wenn die Forderung ohne seine Schuld untergegangen ist. Diese Auffassung ist in alter und neuer Zeit, schlechthin oder mit Unterscheidungen, vertreten worden; aber ich sehe für sie weder in den Quellen, noch in dem wirthschaftlichen Gedanken des Nießbrauchs einen Anhalt.

[8a] Unter Gegenstand des Forderungsrechts wird hier die Leistung verstanden, zu welcher der Schuldner kraft des Forderungsrechts verpflichtet ist. Vgl. II § 252.

[9] L. 24 pr. D. de usu et usufr. 33. 2.

[10] Der Nießbraucher hat nicht etwa nur Nießbrauch an diesen Forderungsrechten. Die Forderungsrechte auf die einzelnen Leistungen bilden den Ertrag des Stammrechts.

[11] Wie z. B. das Forderungsrecht des Miethers.

dieser Leistung kraft seines Nießbrauchs geltend zu machen[12]. Dieß gilt auch, wenn das Forderungsrecht auf eine einmalige Leistung geht[13]; der Nießbraucher hat aber dann statt des Nießbrauchs an dem Forderungsrecht Nießbrauch an dem durch Geltendmachung des Forderungsrechts Erlangten, eigentlichen oder uneigentlichen je nach der Natur des Erlangten[14].

2. In gleicher Weise ist ein Nießbrauch am Nießbrauche möglich. Der Nießbraucher macht auch in diesem Fall das seinem Nießbrauch unterworfene fremde Recht kraft seines Nießbrauchs für sich geltend[15].

---

[12] Der Nießbraucher macht nicht ein eigenes Recht geltend. Er ist weder Cessionar, noch erhält er aus dem seinem Nießbrauch unterworfenen Recht ein neues eigenes Recht (so namentlich Mansbach). Er macht das Recht des Gläubigers geltend, für welches sein Wille in einer einzelnen Beziehung, eben nach der Seite des Genusses, maßgebend geworden ist (§ 48a).

[13] Von Anfang an oder jetzt nur noch, z. B. nach Erlöschen des Zinsrechts.

[14] Das Recht des Nießbrauchers, Leistung einzufordern bez. anzunehmen, rechtfertigt sich durch die Betrachtung, daß der Nießbraucher sonst von dem Forderungsrechte gar keinen Genuß haben würde, wie er doch nach der Absicht des Verleihenden haben soll. Dieser Absicht ist es gemäß, daß sich der Nießbrauch an dem Forderungsrecht in einen Nießbrauch an dem Gegenstand des Forderungsrechts (genauer: dem Gegenstand der Leistung, auf welche das Forderungsrecht geht) verwandele. Von dem Recht des Nießbrauchers, Erfüllung anzunehmen, spricht l. 1 C. de usu et usufr. 3. 31. Gegen die Leistung an den Gläubiger schützt er sich nach Analogie des Pfandrechts an einer Forderung durch Denuntiation (l. 4 C. quae res pign. 8. 16 [17]).

[15] Vgl. Bürkel § 7, Hanausek § 12. Die Quellen sprechen vom Nießbrauch am Nießbrauch nicht. Aber sie erörtern mit Rücksicht auf den oben genannten Senatsbeschluß die Frage, ob ein Nießbrauch an einer Wegegerechtigkeit möglich sei (l. 1 D. de usu et usufr. 33. 2). Diese Frage ist nun zwar in gleicher Weise wie für alle anderen Grunddienstbarkeiten (l. 33 § 1 D. de S. P. R. 8. 3) und für das Gebrauchsrecht zu verneinen, weil diese Rechte nicht einmal Ausübung durch einen Andern zulassen; aber eben weil für den Nießbrauch das Gegentheil gilt, ist die Frage für diesen zu bejahen. Bürkel § 7. Dieser Schriftsteller geht übrigens weiter, und will einen Nießbrauch auch an Grunddienstbarkeiten zulassen, mit Berufung auf l. 1 cit. i. f. Aber der Fall, welchen diese Stelle behandelt, und für welchen sie in indirecter Weise hilft, ist ein anderer, nämlich der, daß eine noch nicht bestellte Wegegerechtigkeit zum Nießbrauch vermacht wird. (Darauf gehen die Worte: „quia id neque ex bonis nec extra bona sit“. Andere Erklärungen dieser Worte bei Böcking § 162 Note 42, Bürkel S. 51, Hanausek

3. Ebenso wäre ein Nießbrauch an Emphyteusis und Superficies möglich, wenn nicht das römische Recht dem Emphyteute und dem Superficiar die Befugniß zuerkannt hätte, die Sache selbst mit einem Nießbrauch zu belasten[16].

b. Das Gebrauchsrecht*.

§ 207.

Das Gebrauchsrecht ist das Recht, eine fremde Sache zu gebrauchen, d. h. sie zu den Zwecken zu verwenden, welche sich mit ihr erreichen lassen, ohne sich die Früchte derselben anzueignen[1]. Das Gebrauchsrecht unterscheidet sich von dem Nießbrauch nicht allein durch seinen geringeren Umfang, sondern auch dadurch, daß es auf den Gebrauch als solchen geht, während beim Nießbrauch der Gebrauch nur als Bestandtheil des Nutzens der Sache auftritt. Daraus erklärt sich, daß, wer bloß ein Gebrauchsrecht hat, nicht einmal die Ausübung des Gebrauches einem Andern überlassen darf, während der Nießbraucher dazu allerdings befugt ist[2]. Denn einen Andern gebrauchen lassen, heißt nicht gebrauchen; genützt aber wird die Sache auch in der Ueberlassung des Gebrauchs.

Jedoch ist derjenige, dem ein Gebrauchsrecht verliehen ist, nicht nothwendig auf den bezeichneten Inhalt beschränkt; er kann in einem gegebenen Fall sehr wohl auch ein mehr oder minder umfassendes Fruchtgenußrecht, so wie die Befugniß zur Ueberlassung

---

S. 81.) — Der Nießbrauch am Nießbrauch geht ebenso wenig in allen Fällen mit seinem Gegenstand unter, wie das Recht auf Ausübung eines veräußerten Nießbrauchs. S. § 205 Note 4 a. E. und vgl. § 219 Note 8.

[16] S. § 219 Note 7. 8. Vgl. Bürkel S. 58—59, Hanausek S. 76—79. — Nießbrauch am Pfandrecht? Bürkel § 10. Nießbrauch am Autorrechte: Bürkel § 11, Hanausek § 25, Kohler Jahrb. f. Dogm. XVIII S. 407 fg.; am Patentrechte: Kohler Patentrecht S. 154 fg.

* Inst. 2. 5 D. 7. 8 de usu et habitatione. — Bechmann über den Inhalt und Umfang der Personalservitut des usus nach römischem Recht (1861). (Darüber Scheurl in der krit. VJSchr. III S. 298—309.) Glück IX S. 430 fg.; Böcking § 167, Sintenis I § 60, Wächter II S. 236 fg.

[1] L. 2 pr. D. h. t. „Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest". L. 1 § 1 eod.: „nudus usus, i. e. sine fructu". L. 12 § 3 l. 14 pr. eod. § 207.

[2] § 1—3 I. h. t., l. 8 pr. l. 11. 12 § 6 D. h. t.

des Gebrauchs an einen Andern haben. Es ist nämlich möglich, daß der Verleihende mehr gewollt hat, als die Ausdrücke: Gebrauchsrecht, Gebrauch, besagen; in diesem Falle ist die Auslegung befugt, dem unvollkommenen Ausdruck gegenüber den wahren Willen des Verleihenden zur Geltung zu bringen, und hier um so mehr, als sie es regelmäßig mit einer letztwilligen Verleihung zu thun haben wird[3]. In diesem Sinne geben die Quellen folgende Entscheidungen. Derjenige, welchem der Gebrauch eines Hauses hinterlassen worden ist, darf nicht bloß selbst in dem Hause wohnen, sondern darf auch seine Familie, so wie die sonst zu ihm gehörigen Personen, ja selbst einen Gast, darin aufnehmen; er darf sogar das ihm Ueberflüssige vermiethen[4]. Ist Jemandem der Gebrauch eines Landgutes vermacht worden, so hat er nicht bloß die Befugniß, dasselbe zu bewohnen, sondern auch die Befugniß, von den Früchten desselben für sein und der Seinigen und seiner Gäste Bedürfniß zu nehmen[5]. Das Vermächtniß des Gebrauches an einem Wald wird geradezu als Nießbrauch ausgelegt, weil an einem Walde ein bloßer Gebrauch nicht möglich ist[6].

---

[3] S. § 84 Note 7. 11. L. 12 § 2 D. h. t.: — „neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum"; l. 4 pr. eod.: — „non erit ei invidendum".

[4] L. 2 § 1 — l. 8 D. h. t., vgl. auch l. 9 eod. L. 4 § 1 cit. „Mulieri autem si usus relictus est, posse eam et cum marito habitare, Q. Mucius primus admisit, ne ei matrimonio carendum foret, cum uti vult domo".

[5] L. 10 § 4 — l. 12 § 1 l. 15 D. h. t.

[6] L. 22 pr. D. h. t. „D. Hadrianus, cum quibusdam usus silvae legatus esset, statuit fructum quoque eis legatum videri, quia, nisi liceret legatariis caedere silvam et vendere, quemadmodum usufructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato". Auch der usus verbrauchbarer Sachen wird vom usufructus nicht unterschieden l. 5 § 2 D. de usufr. ear. rer. 7. 5. — Außer den im Vorigen genannten Entscheidungen ist noch die der l. 12 § 2 h. t. zu bemerken: wer den Gebrauch einer Schafheerde hat, darf dieselbe zum Zwecke des Düngens auf seinen Acker treiben, aber er darf auch „modicum lac" von derselben nehmen. Vgl. auch l. 12 § 4 D. h. t. — Uebrigens ist die im Texte gegebene Erklärung der angeführten Quellenentscheidungen weit davon entfernt, die allgemein anerkannte zu sein. Von jeher hat man sich bemüht, diese Quellenentscheidungen aus dem Begriff des usus herzuleiten, und den Begriff des usus demgemäß zu bestimmen. Die früher herrschende Ansicht ging dahin, der usus unterscheide sich vom dem ususfructus nicht durch die Art des Nutzens, welchen er gewähre, sondern durch das Maß:

Die Beschränkungen, welchen das Recht des Nießbrauches unterliegt[7], gelten noch viel mehr beim Gebrauchsrecht, und ebenso sind die mit dem Gebrauchsrecht verbundenen Verpflichtungen[8] die nämlichen, wie bei dem Nießbrauche[9]; nur trägt der Gebraucher

der usus sei der fructus mit Beschränkung auf die Nothdurft der berechtigten Person. Dieser Ansicht trat Thibaut (Versuche I S. 35 fg. [1798] entgegen, indem er die hier vertheidigte zur Geltung brachte. Im Princip kehrte zu der früheren Auffassung zurück Puchta (Inst. II S. 780—781. Pand. § 179. 180), so jedoch, daß er die Beschränkung des usus nicht in die Nothdurft des Berechtigten setzte, sondern einerseits in das persönliche Bedürfniß desselben (im Gegensatz zu dem Bedürfniß anderer Personen), andererseits in den Ausschluß des Umsatzes der Nutzung in andere Werthobjecte durch Ueberlassung der Nutzung an Andere. Scheurl (Zeitschr. f. gesch. RW. XV S. 19 fg. [1850]) suchte die Scheidung zwischen usus und fructus darin, daß der erste den Erwerb der Früchte zu bleibendem Gewinn ausschließe (vgl. namentlich S. 34. 41). Damit stimmt in der Sache Elvers a. a. O. überein; über die Auffassung Böcking's s. denselben II S. 236—239 und § 167. Nach Bechmann (Note *) liegt das Wesen des usus darin, daß er den Erwerb des Eigenthums an den Früchten ausschließt, nicht aber den Verbrauch derselben, und dieser Ansicht ist auch Scheurl in der Recension jener Schrift (s. ob.) beigetreten. Meiner Ansicht nach reichen alle diese Begriffsbestimmungen zur Erklärung der Quellenentscheidungen nicht aus, wie denn auch namentlich Bechmann den muthmaßlichen Willen des Verleihenden in ausgedehntem Maße zur Hülfe nimmt (vgl. § 11. 13, und zu S. 51 fg. Scheurl Rec. S. 303 ob.). Uebereinstimmend mit dem hier Gesagten Arndts § 182 Anm. 2, Rudorff zu Puchta § 180. b, Wendt Jahrb. f. Dogm. XXII S. 366 fg., Dernburg I S. 597, und im Wesentlichen, obgleich er es für ungenügend erklärt, auch Schönemann § 11. 12. 25. — Faßt man das Gebrauchsrecht auf, wie hier geschehen, so ist auch die oft aufgeworfene Frage erledigt, ob die römische Lehre vom usus heutzutage noch praktisch sei. Sie wäre es nicht, wenn nach der hier verworfenen Ansicht der römische Ausdruck usus irgend einen besonderen Sinn hätte, welcher dem deutschen Ausdruck Gebrauch nicht entspräche; sie ist praktisch, weil die Römer unter Gebrauch nichts Anderes verstehen, als wir unter usus, und daher auch die Auslegung des deutschen Ausdrucks zu keinen andern Resultaten führt, als die des römischen. Vgl. über diese Frage Savigny Beruf unserer Zeit S. 100 fg., Puchta § 180. a, Arndts § 182 Anm. 3. 4, Sintenis I § 60 Note 2, Bechmann S. 86 fg., Cohnfeldt irreguläre Servituten S. 31.

[7] S. § 203 Note 10—14.

[8] S. § 204 Note 2. 3. 5.

[9] Beides geht schon daraus hervor, daß die von dem Gebraucher zu leistende cautio denselben Inhalt hat, wie die des Nießbrauchers, l. 5 § 1 l. 11 D. usuf. quemadm. 7. 9, vgl. überdieß l. 15 § 1 l. 22 § 2 l. 23 D. h. t., l. 13 § 2 i. f. D. de usufr. 7. 1.

die Kosten und Lasten der Sache bloß nach Maßgabe des Nutzens, welchen er von der Sache hat[10]. Endlich ist auch die Cautionspflicht die gleiche[11].

Im Gegensatz zum Nießbrauch erklärt das römische Recht das Gebrauchsrecht für ein untheilbares Recht[12].

Habitatio und operae*.

§ 208.

Das römische Recht enthält den Satz, daß, wenn Jemandem eine „habitatio" vermacht worden sei, das ihm verliehene Recht weder durchaus nach den Grundsätzen des Nießbrauches, noch durchaus nach denen des Gebrauchsrechts beurtheilt werden dürfe; der Berechtigte habe die Befugniß, zu wohnen, aber auch zu vermiethen, nur nicht ungeltlich die Wohnung zu überlassen[1], und verliere sein Recht nicht durch Nichtgebrauch (und capitis diminutio)[2]. Die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmungen auf den Fall des Vermächtnisses einer „Wohnung", „freier Wohnung", wird nicht bestritten werden dürfen[3], insofern der Grund derselben ohne Zweifel in der Alimentennatur liegt, welche eine solche Verleihung auch bei uns regelmäßig haben wird[4].

---

[10] L. 18 D. h. t.

[11] S. Note 9.

[12] L. 19 D. h. t. „Usus pars legari non potest: nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus". Doch kann das Gebrauchsrecht den Gegenstand der actio communi dividundo bilden (l. 10 § 1 D. comm. div. 10. 3), und der Theilungsrichter kann das Gebrauchsrecht zeitlich theilen (arg. l. 7 § 10 eod.). Aber freilich gewährt es weder einen theilbaren Ertrag, noch kann es in Geld umgesetzt werden. Vgl. § 205 zweit. Absatz, Bechmann S. 90—100 und dazu Scheurl Rec. S. 306, Siebenhaar Correalobligat. S. 189 fg., Steinlechner an dem § 205 Note 10 genannten Orte, Rümelin Theilung der Rechte S. 122 fg.

* Thibaut civilistische Abhandlungen Nr. 2 (1814). Elvers § 60. 61. Glück IX S. 455 fg.; Böcking § 168, Sintenis I S. 566, Wächter II S. 238 fg.

§ 208. [1] § 5 I. de usu et hab. 2. 5, l. 13 C. de usufr. et hab. 3. 33, l. 10 pr. § 2. 3 D. de usu et hab. 7. 8.

[2] L. 10 pr. D. cit., l. 10 D. de cap. dim. 4. 5. — Im Uebrigen sind die Grundsätze die gleichen. Vgl. l. 5 § 3 D. usufr. quemadm. 7. 9.

[3] A. M. Sintenis a. a. O., Puchta § 179 a. E., Wächter a. a. O., Dernburg S. 598.

[4] D. h. es soll damit einem unentbehrlichen Lebensbedürfniß abgeholfen

In gleicher Weise läßt das römische Recht durch das Vermächtniß der Dienste eines (Sclaven oder) Thieres[5] eine persönliche Dienstbarkeit besonderer Art[6] entstehen. Der Berechtigte soll die Dienste nicht bloß selbst benützen, sondern auch vermiethen dürfen[7], ohne daß ihm unentgeltliche Ueberlassung untersagt wäre; Untergang durch Nichtgebrauch (und capitis diminutio) ist auch hier ausgeschlossen[8]. Heutzutage wird dem Vermächtnisse der Dienste eines Thieres keine andere Bedeutung beigelegt werden dürfen, als dem Vermächtniß des Gebrauchs eines Thieres[9].

B. Die Grunddienstbarkeiten*.

1. Allgemeines**.

§ 209.

1. Eine Grunddienstbarkeit ist diejenige Dienstbarkeit, welche bestimmt ist, den Interessen eines Grundstücks zu dienen (§ 201 Ziff. 2). In Folge davon ist sie mit dem Grundstücke unzer-

werden. S. Savigny II S. 110—113 und l. 8 pr. § 1 D. de transact. 2. 15, auch l. 10 D. de cap. min. 4. 5. — In früheren Ausgaben dieses Lehrbuches war die heutige Anwendbarkeit nur für die zweite der genannten Bestimmungen in Anspruch genommen worden. Aber wie, wenn die vermachte „freie Wohnung" weit über die Verhältnisse und Lebensgewohnheiten des Bedachten hinausgeht, sollte es dann nicht im Sinne des Erblassers liegen, daß derselbe sich durch Vermiethung die Mittel zur Befriedigung anderer, vielleicht nicht minder dringender Bedürfnisse verschaffen könne? Uebrigens will Ihering Jahrb. f. Dogm. XII S. 342 fg. in l. 10 pr. D. h. t. „donare" verändern in „locare"; dawider Huschke Arch. f. civ. Pr. LXIII S. 462 fg.

[5] L. 5 § 3 D. usufr. quemadm. 7. 9.

[6] L. 1 § 9 D. ad. leg. Falc. 35. 2: — „operis servi legatis, cum neque usus neque ususfructus in eo legato esse videtur . .". Vgl. aber auch l. 5 D. de op. serv. 7. 7. Mommsen in seiner Ausgabe streicht in l. 1 § 9 cit. das erste neque.

[7] L. 2 D. de usu et usufr. 33. 2.

[8] L. 2 D. de op. serv. 7. 7, l. 2 D. de usu et usufr. 33. 2. — Früher lehrte man allgemein, daß das Recht auch auf die Erben des Berechtigten übergehe. Aber l. 2 D. de usu et usufr. 33. 2 sagt das nicht von dem durch das Vermächtniß zu begründenden Recht, sondern von dem Vermächtniß selbst. Buchholtz Versuche Nr. 16, Böcking § 168 Note 39; vgl. aber auch Unterholzner Verjährungslehre II S. 207 Note *, Dernburg I § 250 Note 15.

[9] Vgl. Sintenis a. a. O. Anm. 6.

* Inst. 2. 3 de servitutibus. Dig. 8. 1 de servitutibus. 8. 2 de ser-

trennlich verbunden, so daß sie einerseits ohne das Grundstück nicht veräußert werden kann, andererseits mit demselben nothwendig auf jeden neuen Erwerber übergeht[1]. Kraft dieser Unzertrennlichkeit erscheint sie für die Vorstellung als Erweiterung des Eigenthums am herrschenden Grundstück[2]; eine andere Vorstellung, welche sich in Betreff der Grunddienstbarkeit in den Quellen findet, ist die, daß sie eine werthsteigernde Eigenschaft des herrschenden Grundstücks sei[3].

2. Gegenstand einer Grunddienstbarkeit kann nur ein Grundstück sein[4]; ihren Inhalt kann nur bilden, was dem Grundstücke als solchem, nicht, was lediglich der Person des Eigenthümers von Werth ist[5]. Dem Grundstücke ist aber von Werth nicht bloß, was ihm nutzt, sondern auch, was seine Annehmlichkeit steigert[6].

---

vitutibus praediorum urbanorum. 8. 3 de servitutibus praediorum rusticorum. 8. 4 communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum. Cod. 3. 34 de servitutibus et aqua. — Elvers § 15—19. 36—49. Glück X S. 1 fg.; Böcking § 169—171, Sintenis I § 61—63.

** Zachariae in Hugo's civ. Magaz. II S. 328 fg. (1797). Schrader in seinen civilistischen Abhandlungen Nr. 5 (1816). Vangerow I § 340, Dernburg I § 238—241.

§ 209. [1] L. 36 D. de S. P. R. 8. 3, l. 47 D. de contr. emt. 18. 1, l. 20 § 1 D. de A. R. D. 41. 1.

[2] So läßt sich verstehen l. 5 § 9 D. de O. N. N. 39. 1: — „posteaquam ius suum deminuit, alterius auxit, hoc est, posteaquam servitutem aedibus suis imposuit" — obgleich es doch nicht nothwendig ist, „ius" auf Eigenthumsrecht zu deuten. Jedenfalls darf man nicht glauben, daß diese Auffassung anders als vereinzelt auftrete; wäre sie unbedingt durchgeführt, so wäre damit die Grunddienstbarkeit als besonderes Rechtsverhältniß geleugnet. Deßwegen ist es gewiß irrig, wenn Bachofen Pfandrecht I S. 97 fg. die Bestimmung des Wesens der Grunddienstbarkeit daher entnimmt, daß sie eine Qualität des Eigenthums am herrschenden Grundstück sei. (Seine Meinung ist näher: sowie beim Nießbrauch das Eine Eigenthumsrecht von zwei Berechtigten ausgeübt wird [§ 200 Note 3 g. E.], so wird bei der Grunddienstbarkeit die Sache einem zweiten Eigenthumsrechte unterworfen.) Vgl. noch Brinz S. 252. 253 der ersten und I S. 762. 763 der zweiten Auflage.

[3] L. 86 D. de V. S. 50. 16. „Quid aliud sunt iura praediorum, quam praedia qualiterqualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo". L. 12 D. quemadm. serv. 8. 6.

[4] Es wird in den Quellen bezeichnet als praedium quod servitutem debet, praedium serviens, servum (z. B. l. 21 D. de S. P. U. 8. 2, l. 12 D. comm. praed. 8. 4, l. 20 § 1 D. de A. R. D. 41. 1).

[5] L. 8 pr. l. 15 pr. D. de serv. 8. 1, l. 19 D. eod. Dem Grundstücke als solchem ist von Werth, was „praedii meliorem causam [facit]" (l. 6

3. Auch was dem Grundstück von Werth ist, kann nicht ohne Ausnahme den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden, sondern nur dasjenige, was ein dauerndes Interesse desselben zu befriedigen geeignet ist[7]. In gleicher Weise muß auch die Kraft des dienenden Grundstücks, durch welche das Bedürfniß des herrschenden befriedigt wird, eine dauernde sein[8].

---

§ 1 D. de S. P. R. 8. 3), d. h. was den Gebrauch und die Benützung desselben fördert oder annehmlicher macht (Note 6). Wo hier die Grenze ist, kann im einzelnen Falle schwer zu bestimmen sein, und so läßt sich z. B. wohl bezweifeln, ob die in l. 8 pr. cit. genannten Beispiele unzulässiger Grunddienstbarkeiten („ut pomum decerpere liceat et ut spatiari et ut cenare in alieno possimus") auch für das heutige Recht unmittelbar maßgebend seien. Wird nicht das Bewohnen eines Hauses durch das Recht auf Benützung eines benachbarten Gartens annehmlicher gemacht, und dadurch sogar der Miethwerth des Hauses gesteigert? Anders freilich, wenn man sich Dienstbarkeiten des bezeichneten Inhalts in Verbindung mit einem zur Fruchterzeugung bestimmten Grundstück denkt. Vielleicht hat l. 8 cit. nur diesen Fall im Auge gehabt. Vgl. Vangerow I § 338 Anm. 2 Nr. 4. § 340 Anm. 1, Elvers § 16. Seuff. Arch. V. 142, VIII. 17, XXV. 220, Entsch. des RG. IV S. 135, XII S. 176. Ueber l. 19 D. cit. vgl. Vangerow a. a. O., neuerdings einerseits Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 553, andererseits Mommsen in seiner Ausgabe ad h. l., Dernburg I § 240 Note 5.

[6] L. 3 pr. D. de aqua quot. 43. 20, vgl. l. 15 D. de S. P. U. 8. 2, l. 8 § 1 D. si serv. 8. 5. Thibaut Versuche I S. 1 fg.

[7] L. 28 D. de S. P. U. 8. 2. „Foramen im imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore adquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat; neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit. At quod ex coelo cadit, etsi non assidue fit, ex naturali tamen causa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur . . . . Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet". Vgl. l. 29 eod. Andere verstehen allerdings die l. 28 nicht von einer Dienstbarkeit, das Wasser auf des Nachbarn Grundstück ablaufen zu lassen, sondern umgekehrt von einer Dienstbarkeit auf Bezug des Wassers aus dem benachbarten Grundstück, oder von einer Dienstbarkeit auf Fortbestehen der Abflußöffnung (so daß das Grundstück, welches nach unserer Auffassung das herrschende ist, zum dienenden wird). Vgl. Schrader civ. Abhandl. S. 312—316, Elvers S. 152—138, Böcking § 162 Note 54, Schmidt (von Ilmenau) Jahrb. d. gem. R. III S. 263, Hesse Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I S. 35 fg. 2. Aufl. S. 287 fg., Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 2. a, Burckhard cautio damni infecti S. 242 fg.

[8] Die in der vorigen Note nicht abgedruckten Worte der citirten l. 28 lauten: „Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere

4. Aus dem Gesagten ergibt sich von selbst die Nothwendigkeit eines solchen räumlichen Verhältnisses zwischen dem herrschenden und dem dienenden Grundstück, daß das eine zu den Zwecken des andern benützt werden kann[9].

debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquaeductus potest". L. 1 § 5 D. de aqua 43. 20, l. 1 § 4 (vgl. § 1) D. de fonte 43. 22, l. 23 § 1 D. de S. P. R. 8. 3; l. 9 D. eod. 8. 3, l. 2 D. comm. praed. 8. 4. Schrader a. a. O. S. 306—312. 317—318, Elvers S. 158—165, Schmidt (von Ilmenau) a. a. O. S. 262. 264, Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 3. b. — Die heutige Anwendbarkeit der in dieser und der vorigen Note besprochenen Sätze ist vielfach angezweifelt worden, und namentlich hat sich Schmidt a. a. O. S. 264 auf das Lebhafteste dagegen erklärt. Er scheint mir zu weit zu gehen. Das Princip, daß dingliche Belastung unzulässig sei, wo es sich um Befriedigung eines nicht dauernden Interesse oder Benützung einer nicht dauernden Kraft handelt, daß man sich in diesem Falle auf obligatorischem Wege helfen müsse, scheint mir ein durchaus anerkennenswerthes zu sein, und keineswegs „ein Hemmniß der gesunden Entwickelung des Rechts". Nur wird man freilich bei der Durchführung dieses Princips an den Begriff der Dauer mehr oder minder strenge Anforderungen stellen können, und hier scheint mir der Punkt zu sein, wo die Praxis, gestützt darauf, daß sich bereits in dem römischen Recht eine Entwickelung bemerklich macht (l. 9 D. de S. P. R. 8. 3, l. 2 D. de comm. praed. 8. 4), ein gutes Recht zu einer freieren Bewegung hat. So würde ich keinen Anstand nehmen, die specielle in dem ersten Theil der l. 28 D. de S. P. U. 8. 2 (Note 7) enthaltene Entscheidung für heutige Wohngebäude nicht in Anwendung zu bringen; Wegschaffung des zur Reinigung der Gemächer gebrauchten Wassers ist ein Interesse, welches nicht heute oder morgen, sondern jeden Tag da ist. Aber wie wäre es z. B. wenn ein Eigenthümer, welcher Astronomie treibt, das Recht, auf des Nachbarn Grund und Boden astronomische Instrumente aufzustellen, als Grunddienstbarkeit erwerben wollte? Er würde immerhin sagen dürfen, daß durch dieses Recht der Gebrauch des Hauses ein annehmlicherer werde; aber er würde sich die Antwort gefallen lassen müssen, daß nicht abzusehen sei, wann sich nach ihm diese Annehmlichkeit wieder geltend machen werde. Das OAG. zu Cassel hat im Jahre 1854 entschieden (Seuff. Arch. VII. 17), daß eine Grunddienstbarkeit zu Gunsten eines Gewerbebetriebes auf dem herrschenden Grundstück bestellt werden könne, „sofern dieses selbst zu jenem Betriebe dergestalt eine bleibende Einrichtung erhalten hat, daß ein bleibendes Interesse bei dem Bestehen der Servitut ebenfalls für spätere Erwerber angenommen werden kann". Vgl. auch Seuff. Arch. XXVI. 109, XXXV. 188.

[9] Nichts Anderes wollen die Quellen sagen, wenn sie für die Grunddienstbarkeit das Erforderniß eines „fundus vicinus" aufstellen. L. 5 § 1 D. de S. P. R. 8. 3, l. 6 § 5 D. de A. E. V. 19. 1, l. 14 § 3 D. de alim. leg. 34. 1; l. 8 pr. D. de O. N. N. 39. 1; l. 38. 39 D. de S. P. U. 8. 2, l. 5. 6 pr. D. si serv. vind. 8. 5; l. 14 § 2 D. de serv. 8. 1, l. 1 pr. D.

5. Das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks ist bestimmend nicht bloß für den Inhalt der Dienstbarkeit, sondern auch für das Maß ihrer Ausübung[10]. Außerdem aber gilt für die Ausübung der Dienstbarkeit der Grundsatz, daß die Ausübung mit möglichster Schonung des Eigenthums zu geschehen hat[11].

6. Die Grunddienstbarkeit nimmt, wie die persönliche, dem Eigenthümer keine Befugniß, deren Ausübung der Dienstbarkeit nicht hinderlich ist[12], daher auch an und für sich nicht die Be-

---

de S. P. U. 8. 2, l. 17 § 2 D. de aqua et aquae 39. 3; l. 17 § 3. 4 eod., l. 7 § 1 D. comm. praed. 8. 4, l. 23 § 3 D. de S. P. R. 8. 3, vgl. l. 7 § 1 eod.; l. 17. § 2. 3 D. de aqua et aquae 39. 3, l. 38 D. de S. P. R. 8. 3. Elvers § 18, Schrader S. 321—334, Sintenis I § 61 Anm. 8, Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 2, Dernburg I § 240 Note 9. Vgl. Seuff. Arch. XIX. 20, XX. 107, XXXI. 15, XXXIII. 204, XXXVII. 296 (RG.). — Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 553 hat eine ältere Meinung wieder aufgenommen, wonach bei reservirten Dienstbarkeiten (§ 212 Ziff. 7) das Erforderniß der Vicinität nicht gelten soll. Diese Meinung stützt sich auf l. 6 pr. D. comm. praed. 8. 4, die aber nicht bloß von reservirten Dienstbarkeiten spricht. Die Stelle will sagen, daß die Grundstücke nicht aneinander zu stoßen brauchen. S. Vangerow a. a. O. a. E. und die das. Citirten.

[10] L. 5 § 1 l. 6 D. de S. P. R. 8. 3, l. 24. 33 § 1 eod. L. 5 § 1 cit. „Neratius . . dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit". L. 6 pr. cit. „Veluti si figlinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus eius fundi exportarentur, sicut in quibusdam fit, ut amphoris vinum evehatur, aut ut dolia fiant, vel tegulae ad villam aedificandam. Sed si, ut vasa venirent, figlinae exercerentur, usus-fructus erit". Vgl. Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 1. Seuff. Arch. V. 142, XX. 108, XXI. 20, XXII. 119 (S. 179), XXIII. 16, XXIV. 15, XXXIII. 290, XXXV. 177. Entscheid. des RG. I S. 329.

[11] Civiliter, wie die Quellen sagen. So darf, wer eine Wegegerechtigkeit hat, nicht „per villam ipsam, nec per medias vineas ire, agere . . cum id aeque commode per alteram partem facere possit, minore servientis fundi detrimento", l. 9 D. de serv. 8. 1. L. 20 § 1 D. de S. P. U. 8. 2, l. 13 § 1. 3 D. de S. P. R. 8. 3, l. 3 § 5 D. de aqua quot. 43. 20. Vgl. Seuff. Arch. II. 140, VI. 7. 13, X. 15, XV. 103. 104. 203, XVI. 14, XVII. 9, XVIII. 211, XXVIII. 13, XXXIV. 280. Vgl. Entscheid. des OAG. zu Rostock VI S. 119 fg., IX S. 122 fg.

[12] Vgl. Seuff. Arch. V. 256, IX. 269, XI. 122. 123. 124, XII. 7. 128, XIV. 210, XVIII. 211, XIX. 215. Jm Besondern über die Collision zwischen Waldservituten (insbesondere Weiderecht) und Forstcultur: I. 13. 14. 182. 320, IV. 102, V. 143, VI. 314, VII. 288, IX. 135, XVII. 10, XVIII. 16. 119, XXI. 21. 22. 103, XXIV. 14, XXVII. 209, XXIX. 13, XXXVI. 263. Vgl.

fugniß zu der nämlichen Art des Gebrauches der Sache, wie diejenige ist, zu welcher die Dienstbarkeit berechtigt[13]. Unter der bezeichneten Voraussetzung kann der Eigenthümer auch neue Dienstbarkeiten, und auch Dienstbarkeiten der gleichen Art an der Sache bestellen[14].

7. Die Grunddienstbarkeit ist nicht bloß dem Rechte nach von dem herrschenden Grundstücke unzertrennlich, es kann auch ihre Ausübung ohne dasselbe nicht einem Andern überlassen werden[15].

8. Grundienstbarkeiten sind untheilbare Rechte[16], d. h. ein

---

Dankelmann über die Grenzen des Servituten-Rechts und des Eigenthums-Rechts bei Waldgrundgerechtigkeiten. Berlin 1884 (Centralbl. f. RW. IV S. 18, krit. VJSchr. XXVII S. 152).

[13] So nicht die Wegegerechtigkeit die Befugniß zum Gehen, die Weidegerechtigkeit nicht die Befugniß, eigenes Vieh auf die Weide zu treiben. Reichen aber die Kräfte der dienenden Sache zur Befriedigung Beider, des Eigenthümers und des Dienstbarkeitsberechtigten, nicht aus, so steht der Eigenthümer zurück, und es tritt nicht etwa Theilung zwischen ihm und dem Dienstbarkeitsberechtigten ein. Das Gegentheil ist namentlich für die Weidegerechtigkeit ohne Grund behauptet worden; s. dagegen Vangerow a. a. O. Anm. 2 Nr. 4. Abweichend Dernburg I S. 558.

[14] L. 2 § 1. 2 l. 14 D. de S. P. R. 8. 3, l. 15 D. comm. praed. 8. 4, l. 4 D. de aqua quot. 43. 20. Seuff. Arch. XXII. 119 (S. 177).

[15] L. 44 D. loc. 19. 2. „Locare servitutem nemo potest". L. 24 D. de S. P. R. 8. 3. Seuff. Arch. XIV. 12, XXII. 119 (S. 179). Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I S. 252 fg.

[16] L. 17 D. de serv. 8. 1, l. 7 D. de serv. leg. 33. 3, l. 1 § 9 l. 7 l. 80 § 1 D. ad leg Falc. 35. 2, l. 2 § 1 l. 72 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 13 § 1 D. de accept. 46. 4, Fragm. S. Pomponii im Bonner Corpus iuris p. 168 und bei Huschke p. 73 (3. u. 4. Ausg. p. 146). „Et servitutes dividi non possunt; nam earum usus ita connexus est, ut, qui eum partiatur, naturam eius corrumpat". Die Auffassung, aus welcher das römische Recht die Grunddienstbarkeiten für untheilbar erklärt, ist die gleiche, wie beim Gebrauchsrecht, daß sie weder in Geld umgesetzt werden können, noch einen reell theilbaren Ertrag gewähren (vgl. § 207 Note 12 und § 205 zweit. Abs.). Auch bei denjenigen Grunddienstbarkeiten, welche auf Beziehung eines gewissen Maßes von Früchten des dienenden Grundstücks gehen, kommt in Betracht, daß das Bezogene zum Besten des herrschenden Grundstücks verwendet werden muß. Doch ist auch hier, wie beim usus, Theilung nicht schlechthin unmöglich. Rümelin (s. unten) S. 142 fg. 153 fg. 162 fg. — Vgl. über diese Lehre Schrader a. a. O. S. 284—306, Schönemann a. a. O. S. 110—114, Böcking § 162. f—k, Brinz § 76 (2. Aufl. § 199), Vangerow a. a. O. Anm. 2 Nr. 1, Dernburg I § 241; sodann die Abhandlung von Kori in Elvers Themis I S. 481 fg. (1828) und die Inau-

Bruchtheil einer Grunddienstbarkeit ist ein Ding ohne rechtliche Existenz, so daß ein solcher Bruchtheil weder erworben[17], noch verloren werden[18] kann. Wird das herrschende Grundstück getheilt, so steht einem jeden der neu entstandenen Grundstücke die gleiche Dienstbarkeit zu, wie früher dem ungetheilten Grundstücke[19].

---

guraldissertationen von Uhland (Tübingen 1810), Girtanner (Heidelberg 1847) und Heinzelmann (München 1854; dazu Kuntze Heidelb. krit. Zeitschr. I S. 546 fg.); ferner die Schriften über Untheilbarkeit der Obligationen von Rubo (1822) S. 39 fg., v. Scheurl (Inauguralabhandl. 1835) S. 60 fg., Ubbelohde (1862) § 2. 8; endlich Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 128—170, Siebenhaar Correalobligat. S. 195 fg. Neuestens Steinlechner die juris communio I S. 138 fg., II S. 193 fg. 256 fg., Rümelin Theilung der Rechte S. 25 fg. 132 fg., v. Scheurl Theilbarkeit als Eigenschaft von Rechten S. 55 fg.

[17] Servitus per partes adquiri non potest, l. 8 § 1 D. de serv. 8. 1, l. 32 D. de S. P. R. 8. 3, l. 6 § 1 D. comm. praed. 8. 4. Daher ist Bestellung einer Dienstbarkeit durch einen der mehreren Miteigenthümer des dienenden Grundstücks ganz nichtig; ebenso aber auch der Erwerb durch einen der mehreren Miteigenthümer des herrschenden. L. 11. 32 D. de S. P. R. 8. 3, l. 5. 6 § 1 l. 18 D. comm. praed. 8. 4, l. 4 § 3 D. si serv. 8. 5, l. 3 D. de serv. leg. 33. 3. (Vgl. Rümelin a. a. O. S. 72.) Weil eine Dienstbarkeit zu einem Bruchtheil nicht geleistet werden kann, ist auch eine Obligation auf eine solche Leistung nichtig, l. 11. 17 D. de serv. 8. 1, l. 19 D. de S. P. R. 8. 3, l. 2 § 1 l. 72 pr. l 136 § 1 l. 140 § 2 D. de V. O. 45. 1.

[18] Servitus per partes retinetur, l. 8 § 1 D. de serv. 8. 1, l. 30 § 1 D. de S. P. U. 8. 2, l. 34 pr. D. de S. P. R. 8. 3. Daher ist der Verzicht des einen der mehreren Miteigenthümer des herrschenden Grundstücks ganz wirkungslos, und schadet es nicht, daß der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks Miteigenthümer des dienenden wird, oder der Eigenthümer des dienenden Miteigenthümer des herrschenden, l. 8 § 1 D. de serv. 8, 1, l. 30 § 1 D. de S. P. U. 8. 2, l. 27. 34 pr. D. de S. P. R. 8. 3. Daher ist ferner ganz wirkungslos der theilweise Erlaß der Obligation auf Begründung einer Grunddienstbarkeit, l. 13 § 1 D. de accept. 46. 4. Ferner: durch die Anwendung der lex Falcidia kann das Vermächtniß einer Grunddienstbarkeit nicht theilweise gemindert werden, l. 1 § 9 l. 7 l. 80 § 1 D. ad leg. Falc. 35. 2. — Vgl. zu dieser und der vorhergehenden Note Steinlechner a. a. O. II S. 206 fg. 228 fg. (welcher Schriftsteller aber die „pars" nicht auf die Dienstbarkeit, sondern auf das Eigenthum bezieht), Rümelin a. a. O. S. 133 fg.

[19] L. 23 § 3 D. de S. P. R. 8. 3, l. 6 § 1 D. quemadm. serv. 8. 6. Wie aber, wenn das Bedürfniß der sämmtlichen Theilgrundstücke aus dem dienenden Grundstück nicht befriedigt werden kann oder wenn für die Ausübung der Dienstbarkeit ein bestimmtes Maß festgesetzt ist? Dann muß doch Theilung eintreten, so weit dieselbe möglich ist, und so l. 25 D. de S.

§ 210.

Das Grundstück, dessen Bedürfnisse die Grunddienstbarkeit zu befriedigen bestimmt ist, kann entweder ein Feld- oder ein Gebäudegrundstück sein. Da die Bedürfnisse eines Feldgrundstücks im Ganzen andere sind, als die eines Gebäudegrundstücks, so werden die an Feldgrundstücke angeknüpften Dienstbarkeiten regelmäßig einen andern Inhalt haben, als die an Gebäudegrundstücke angeknüpften, ohne daß Uebereinstimmung des Inhalts absolut ausgeschlossen wäre[1]. Jenachdem der Inhalt einer Dienstbarkeit regelmäßig bei Feldgrundstücken sich findet, oder regelmäßig bei Gebäudegrundstücken, wird sie selbst passend als Feld- oder Gebäudedienstbarkeit bezeichnet[2]. — Mit Zugrundelegung

---

P. R. 8. 3: — „fiat iuris aquae divisio". Vgl. außer den oben Citirten noch Elvers § 11, Steinlechner a. a. O. I S. 56 fg., Rümelin a. a. O. S. 149 fg. Seuff. Arch. XVIII. 18. vgl. 19. 20, XXII. 119 (S. 178. 179), XXXVIII. 108. Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock VII Nr. 23 (= Seuff. Arch. XXVIII. 109).

§ 210. [1] Die Wegegerechtigkeiten z. B. werden regelmäßig Feldgrundstücken zustehen, nicht Gebäudegrundstücken, da die letzteren mit seltenen Ausnahmen an der öffentlichen Straße liegen werden; aber das Gegentheil ist doch nicht ausgeschlossen, und daher eine Wegegerechtigkeit auch möglich bei Gebäudegrundstücken, wie sie denn bei solchen in den Quellen wirklich erwähnt wird (l. 20 § 1 D. de S. P. U. 8. 2, l. 7 § 1 D. comm. praed. 8. 4). Ebenso verhält es sich mit der Wasserleitungsgerechtigkeit (l. 1 § 11 D. de aqua quot. 43. 20 [über l. 11 § 1 D. de Publ. 6. 2 s. die folgende Note]). Umgekehrt wird z. B. das Recht, einen Bau auf dem benachbarten Grundstück untersagen zu dürfen (servitus non altius tollendi), regelmäßig nur als Recht eines Gebäudegrundstückes auftreten; aber es ist nicht abzusehen, warum nicht auch der Eigenthümer eines Feldgrundstücks für dasselbe ein solches Recht sollte erwerben können, wenn durch den Bau ihm Sonne oder Licht würde entzogen werden.

[2] In den Quellen finden sich die Ausdrücke: servitutes praediorum rusticorum — urbanorum, oder auch kürzer: servitutes rusticae — urbanae. Ob aber diese Ausdrücke den im Texte bezeichneten Begriffen entsprechen, ist bestritten und nicht unzweifelhaft. Zwar die früher von Manchen (vgl. Glück IX S. 21) vertheidigte Meinung, daß diese Ausdrücke von der Qualität des dienenden, nicht des herrschenden Grundstücks hergenommen seien, ist jetzt fast vollständig aufgegeben (vgl. jedoch Luden Lehre von den Servituten § 15). Dagegen wird auch heutzutage noch ein lebhafter Streit darüber geführt, ob diese Ausdrücke bloß die Thatsache, daß eine Dienstbarkeit einem Feld- oder einem Gebäudegrundstück zusteht, oder ob sie eine gewisse Verschie-

dieser Unterscheidung soll im Folgenden von den einzelnen Grunddienstbarkeiten gehandelt werden. Es versteht sich jedoch von selbst, daß dieß nur in dem Sinne geschehen kann, um auf die

---

denheit des Inhalts der Dienstbarkeit bezeichnen wollen. Die erste Meinung, von welcher wohl die Meisten ausgehen, wenn sie dieselbe auch nicht immer durchführen, ist in der neueren Zeit mit besonderer Lebhaftigkeit von Böcking (§ 161. e—g Note 32 und Anh. I) vertheidigt worden, und die gleiche Ansicht vertritt auch Brinz § 70 (2. Aufl. § 189), sowie Kindervater Jahrb. d. gem. R. VI S. 116 fg. (1862, dieser Letztere jedoch mit einer bedeutenden Schwenkung, S. 138. 139), ferner Dernburg S. 564. Nach dieser Ansicht wäre z. B. eine Wegegerechtigkeit servitus praedii rustici, wenn sie einem Feldgrundstück, servitus praedii urbani, wenn sie einem Gebäudegrundstück zusteht. Zu der entgegengesetzten Meinung bekennt sich namentlich Vangerow I § 339 Anm. Nr. II, indem er nach dem Vorgang Aelterer (namentlich Stever de servitutibus praediorum I § 8. 9 [1817]) den Satz aufstellt, servitutes rusticae seien diejenigen, welche das Recht zu einem facere, servitutes urbanae diejenigen, welche das Recht zu einem habere (z. B. servitus tigni immittendi) oder zu einem prohibere gäben (genau genommen sagt Vangerow nicht sowohl, daß die servitutes rusticae und urbanae Dienstbarkeiten des bezeichneten Inhalts seien, als vielmehr, daß sie mit den Dienstbarkeiten des bezeichneten Inhalts „zusammenfallen"). Ferner gehören hierher v. d. Pfordten (Arch. f. civ. Pr. XXII S. 6 fg. [1839]), welchem im Wesentlichen Sintenis I § 61 Note 14 gefolgt ist, und Hölder Arch. f. civ. Pr. LXIII S. 114 fg.; v. d. Pfordten: servitus praedii urbani ist diejenige, welche ihrem Inhalt nach ein Gebäude, gleichviel übrigens ob als herrschendes oder dienendes Grundstück, voraussetzt, servitus praedii rustici diejenige, welche auch zwischen zwei leeren Grundstücken bestehen kann; Hölder: servitutes praediorum urbanorum sind die negativen und die in einem Zustande des servitutberechtigten Gebäudes sich verkörpernden. Vgl. auch Ihering Geist des röm. R. II § 33 Note 358 (357); gegen denselben Schirmer Zeitschr. für RGesch. XII S. 162 fg. — Meiner Meinung nach gewähren die Quellen ein ganz unzweifelhaftes Resultat nicht. Während Stellen, wie § 1. 3 I. de serv. 2. 3, l. 1 D. eod., l. 1 § 1 D. comm. praed. 8. 4 jeden Gedanken daran, daß die Qualität des dienenden Grundstücks entscheidend sei, ausschließen, kann l. 11 § 1 D. de Publ. 6. 2 nur sehr gezwungen anders verstanden werden, als daß es gerade auf dieses ankomme, und während pr. § 2 I. de serv. 2. 3 die Dienstbarkeiten geradezu nach ihrem Inhalt in die verschiedenen Klassen einordnen, bezeichnet l. 2 pr. D. de S. P. R. 8. 3 als servitutes praediorum rusticorum solche, welche nach jener Einordnung servitutes praediorum urbanorum sind, so daß der Sinn dieser Stelle nur der sein kann, diese Dienstbarkeiten könnten auch Feldgrundstücken zustehen, und demgemäß auch servitutes praediorum rusticorum sein, vgl. auch l. 1 pr. § 1 D. de itinere 43. 19. Hiernach wird man zugeben müssen, daß die fraglichen Ausdrücke in den Quellen in wechselndem Sinne gebraucht werden, und

wichtigsten und am häufigsten vorkommenden Grunddienstbarkeiten aufmerksam zu machen, nicht aber in dem Sinne, als sollten alle möglichen aufgezählt werden. Eine vollständige Aufzählung aller möglichen Grunddienstbarkeiten läßt sich nicht geben, da es der Privatwillkür unbenommen bleibt, innerhalb der gesetzlichen Schranken an neuen Dienstbarkeiten zu erfinden, was ihr passend erscheint.

2. Die einzelnen Grunddienstbarkeiten*.

a. Felddienstbarkeiten.

§ 211.

Unter den Felddienstbarkeiten sind die wichtigsten die Wege-, die Wasser- und die Weidegerechtigkeiten. — Unter den Wege-

---

so bin ich auch weit davon entfernt, sie als technische quellenmäßige Bezeichnungen für die im Texte aufgestellten Begriffe in Anspruch zu nehmen; ich behaupte nur, daß sie passende Bezeichnungen für diese Begriffe sind, und daß es den römischen Juristen nahe liegen mußte, diese Begriffe durch sie zu bezeichnen. Uebrigens könnte die ganze Frage nach der Bedeutung dieser Ausdrücke füglich auf sich beruhen bleiben, wenn sich nicht an den Gegensatz zwischen den servitutes praediorum rusticorum und urbanorum auch eine Verschiedenheit der rechtlichen Behandlung anknüpfte, was zwar Zachariae v. Lingenthal über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae (1844) und nach ihm Elvers § 37—40 leugnen, aber, wie sich unten (§ 216) zeigen wird, mit Unrecht. Wo nun ein Rechtssatz auftritt, welcher nur für die eine Klasse gelten will, und nicht für die andere, ist es freilich nothwendig, genau zu bestimmen, welche Dienstbarkeiten zu der einen und welche zu der andern gehören; aber es liegt auf der Hand, daß die Lösung dieser Aufgabe in fruchtbringender Weise eben auch nur mit Rücksicht auf die Besonderheit des betreffenden Rechtssatzes unternommen werden kann. Wächter II S. 244 fg. lehrt allgemein: die besonderen für servitutes praediorum urbanorum aufgestellten Grundsätze gelten für servitutes continuae, die besonderen für servitutes praediorum rusticorum aufgestellten für servitutes discontinuae. — Mit der hier vertheidigten Auffassung hängt es auch zusammen, wenn man früher von unregelmäßigen Prädialservituten sprach, und lehrte, daß eine serv. praedii rustici auch als serv. praedii urbani auftreten könne, und umgekehrt; mit dem Einen und dem Andern meinte man, daß eine Servitut, welche gewöhnlich nur Feldgrundstücken zustehe, und deßwegen serv. praedii rustici sei, auch bei Gebäudegrundstücken vorkommen könne, und umgekehrt. Vgl. R. Cohnfeld die s. g. irregulären Servituten nach Römischem Recht (1862) S. 81 fg.

* Dig. 8. 3 de servitutibus praediorum rusticorum. — Elvers § 42—44.

gerechtigkeiten[1] ist der Hauptunterschied der, ob sie das Recht auf eine hergerichtete Straße gewähren[2], so daß ein Theil des dienenden Grundstücks jeder sonstigen Benützung entzogen wird, oder ob sie das Recht auf eine solche Ausscheidung eines Theils des dienenden Grundstücks nicht gewähren. In dem einen und dem andern Fall kann der Umfang, in welchem die Benützung des fremden Raums gestattet ist, ein verschiedener sein; maßgebend für diesen Umfang ist die Willenserklärung, durch welche die Dienstbarkeit begründet worden ist[3], im Fall der Begründung der

---

Glück X S. 139—205; Böcking II § 170, Sintenis I § 63, Vangerow I § 341, Dernburg § 242.

[1] Puchta über die Wegservituten des römischen Rechts, civilistische Abhandlungen Nr. 3 und kl. civil. Schriften Nr. 4 (1832), Elvers § 42, Keller § 165, Holzschuher II § 113. Vgl. zu dem Folgenden: pr. I. de serv. 2. 3, l. 1 pr. l. 7 pr. D. h. t., l. 13 § 1 D. de accept. 46. 4, l. 4 § 1 l. 5 § 1 de serv. 8. 1, l. 14 C. eod. 3. 34. Ueber l. 4 § 1 D. si serv. 8. 5 und l. 1 D. de adim. leg. 34. 4 s. Vangerow a. a. O. Nr. 2, Böcking a. a. O. Note 21. § 211.

[2] Eine hergerichtete Straße nennen die Römer via.

[3] Diese Willenserklärung muß in Gemäßheit der allgemeinen Regeln (§ 84) ausgelegt werden. Steht es fest, daß eine Straße gemeint ist, so ist im Zweifel anzunehmen, daß dieselbe zu jedem Gebrauch hat eingeräumt werden sollen, zu welchem Straßen benützt zu werden pflegen, also nicht bloß zum Gehen, sondern auch zum Reiten, Fahren, Viehtreiben. Die Quellen heben noch ausdrücklich hervor das Recht zum trahere (z. B. Steine und Balken) und hastam rectam ferre (darüber Vangerow a. a. O. Nr. 3. b und die daselbst Citirten, Böcking a. a. O. Note 29). Ist eine Straße nicht gemeint, so hängt es von den gebrauchten Ausdrücken (Fußweg, Fahrweg, Viehtrift ꝛc.) ab, wie weit die Befugniß des Berechtigten geht. Die römischen Bestimmungen über den Inhalt von „iter“ und „actus“, daß im iter auch das Recht, zu reiten und sich in einer Sänfte tragen zu lassen, im actus auch das Recht, mit Wagen zu fahren, enthalten sei, sind als solche heutzutage unanwendbar; für uns kann nur die Willensmeinung des Verleihenden entscheidend sein, und wer möchte z. B. behaupten, daß der einen „Fußweg“ Einräumende im Zweifel auch das Recht zu reiten habe verleihen wollen? Doch sind die Meinungen hierüber getheilt. Vgl. Sommer Arch. f. civ. Pr. III S. 314 fg. (1820), Gensler das. IV S. 244 fg. (1821), Seuffert Erörterungen II S. 56. 57. S. IV—XIV (1821), Puchta § 185. f, Arndts §. 186 Anm. 2. a, Keller S. 322, Sintenis I § 63 Note 14—16, Vangerow a. a. O. Nr. 4 a. E. Seuff. Arch. I. 180, IV. 13, V. 5, X. 136, XII. 127, XVII. 213, XVIII. 121. Entscheid. des RG. II S. 159 (Seuff. Arch. XXXVI. 109).

Dienstbarkeit durch Verjährung die Thatsache der Ausübung. Ist bei der Verleihung einer Straße deren Breite nicht bestimmt worden, so kann nach der positiven Bestimmung des römischen Rechts eine Straße gefordert werden, welche in gerader Linie 8, an der Kehre 16 (römische) Fuß breit ist[4]. Auch an einer Wasserfläche kann eine Wegegerechtigkeit stattfinden[5]. — Als Formen der Wassergerechtigkeiten werden in den Quellen erwähnt: die Wasserleitungs-[6], die Wasserschöpf-[7], die Viehtränkgerechtigkeit[8]. — Die Weidegerechtigkeit hat ihre besondere Wichtigkeit und so auch ihre besondere rechtliche Ausbildung erst in Deutschland erhalten[9]; im römischen Recht tritt sie keineswegs in den Vordergrund[10].

Andere in den Quellen erwähnte Felddienstbarkeiten sind: das Recht, Holz, Steine, Kalk, Sand, Kreide ꝛc. ꝛc. zum Bedarf des herrschenden Grundstücks von dem dienenden zu nehmen[11]; das Recht, das fremde Grundstück zum Einsammeln der Früchte, zum Ablagern von Erde, Steinen u. dgl., zur Ableitung von Wasser, zu benützen, auf demselben eine Hütte zu haben[12].

---

[4] L. 8. 13 § 2. 3 l. 23 pr. D. h. t.

[5] Servitus navigandi, l. 23 § 1 D. h. t.

[6] Servitus aquaeductus s. aquae ducendae (pr. I. de serv. 2. 3, l. 1 pr. D. h. t.), entweder nur als Recht, ein fremdes Grundstück zur Leitung des Wassers zu benützen (iter aquae), oder auch als Recht, das auf fremdem Grundstück befindliche Wasser auf unser Grundstück herüberzuleiten, l. 15. 21. 22 D. h. t., l. 8. 17 pr. § 1 D. de aqua et aquae 39. 3, Dig. 43. 20 de aqua quotidiana et aestiva. Ueber die Wassergerechtigkeiten vgl. Keller § 166. Seuff. Arch. XXXI. 14.

[7] Servitus aquae haustus s. aquae hauriendae, § 2 I. de serv. 2. 3, l. 1 § 1 l. 2 § 1. 2 l. 3 § 3 l. 5 § 1 l. 9. 20 § 3 D. h. t., l. 10 D. de S. P. U. 8. 2, l. 17 D. quemadm. serv. 8. 6, l. 14 § 2 D. de serv. 8. 1.

[8] Servitus pecoris ad aquam appulsus s. appellendi, § 2 I. de serv. 2. 3, l. 1 § 1 l. 4. 5 § 1 l. 6 i. f. D. h. t., l. 1 § 18 D. de aqua quot. 43. 20.

[9] Vgl. darüber die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Eichhorn § 179—182, Mittermaier I § 168—170, Gerber § 145. 146, Beseler § 193, Stobbe II § 196—203. Holzschuher II § 114. Roth Bayr. Civilr. II § 163.

[10] Erwähnt wird sie (servitus pascendi s. pascui) in § 2 I. de serv. 2. 3, l. 1 § 1 l. 3 pr. l. 4 l. 6 § 1 D. h. t.

[11] § 2 I. de serv. 2. 3, l. 1 § 1 l. 3 § 1 l. 5 § 1 l. 6 D. h. t.

[12] L. 3 § 1. 2 l. 6 § 1 l. 29 D. h. t., l. 2 § 10 D. de aqua et aquae 39. 3. — Die in l. 15 pr. D. de serv. 8. 1 genannte Dienstbarkeit: „ius

b. Gebäudedienstbarkeiten*.

§ 211a.

Gebäudedienstbarkeiten sind: das Recht, das von dem Dache abfließende Regenwasser auf das benachbarte Grundstück abfallen zu lassen, in Tropfen oder zusammengefaßt in einem Strahle[1]; das Recht, sein Gebäude in den Raum, welcher über des Nachbarn Grundstück sich befindet, hineinragen zu lassen, z. B. durch ein Vordach, einen Balcon[2] ꝛc. ꝛc.; das Recht, sein Gebäude auf ein benachbartes Gebäude, Mauer, Säule ꝛc. ꝛc. zu stützen[3]; das

---

tibi non esse, in fundo tuo aquam quaerere minuendae aquae meae gratia" (vgl. l. 1 § 28 D. de aqua quot. 43. 20), wird nicht ausdrücklich als Felddienstbarkeit bezeichnet, und kann wenigstens ebenso gut als Gebäudedienstbarkeit (zum Schutze eines zu einem Hause gehörigen Brunnens) vorkommen.

* Dig. 8. 2 de servitutibus praediorum urbanorum. — Elvers § 45—49. Glück X S. 68—138; Böcking II § 171, Sintenis I § 62, Vangerow I § 342.

[1] Servitus stillicidii, fluminis, — stillicidii, fluminis immittendi, aver- § 211a.
tendi, excipiendi, recipiendi, § 1 I. de serv. 2. 3, l. 1 pr. l. 2 l. 17 § 3 l. 20 pr. § 2–6 l. 21 l. 28 D. h. t., l. 9 pr. l. 16 D. si serv. 8. 5, l. 8 D. quemadm. serv. 8. 6. Seuff. Arch. XXXII. 113, XXXIV. 281, XXXV. 276.

[2] Servitus protegendi, proiciendi, l. 1 pr. l. 2 D. h. t., l. 242 § 1 D. de V. S. 50. 16.

[3] Servitus tigni (vgl. l. 62 D. de V. S. 50. 16) immittendi, tignum immissum habendi, l. 1 pr. l. 2. 6. 20 pr. l. 25 pr. l. 27 pr. D. h. t., l. 8 § 1 D. si serv. 8. 5. Eine Pflicht des Nachbarn, das tragende Bauwerk in gutem Stand zu erhalten, ist dadurch nicht begründet (l. 6 § 2 l. 8 § 2 D. si serv. 8. 5); allerdings aber kann dieselbe durch besondere Bestimmung bei der Bestellung der Dienstbarkeit begründet werden. In diesem Falle sprechen die Römer von einer servitus oneris ferendi, § 1 I. de serv. 2. 3, l. 1 § 1 l. 33 D. h. t., l. 6 § 2 — l. 8 § 2 D. si serv. 8. 5. Die servitus oneris ferendi hat von jeher viel Noth gemacht wegen des in derselben liegenden Widerspruchs gegen den Satz: servitus in faciendo consistere non potest (§ 201). Zwar ist die Behauptung aufgestellt worden, es sei nicht wahr, daß hier der Eigenthümer der dienenden Sache zu einem Thun verpflichtet sei; auch hier fordere die Dienstbarkeit nur ein pati, freilich kein bloßes „Balkenvorstehenlassen u. dgl.", sondern „ein Aufliegenlassen, ein Getragenwerden der Last von dem belasteten Grundstücke, also die Eigenschaft dieses als eines tragenden, stützenden" (so Böcking § 160 Note 15, ähnlich Puchta Inst. II § 252. e, Sintenis I § 57 Anm. 4). Aber das kann man doch in der That nicht anders nennen, als wie es Schmidt (von Ilmenau)

Recht, den Unrath aus seinem Gebäude durch einen Abzugscanal über das benachbarte Grundstück hinwegzuschaffen[4]; das Recht, das benachbarte Grundstück über das gesetzliche Maß hinaus

---

Jahrb. d. gem. R. III S. 258 Note 23 nennt, „ein Umgehen der Sache durch den Ausdruck". Denn von dem dienenden Grundstück die Eigenschaft eines tragenden verlangen, heißt weiter nichts, als von dem Eigenthümer verlangen, daß er die Mauer in Stand halte, ut faciat aliquid, und mit Recht ist Schmidt der Ansicht, daß dafür unwiderleglich die formula actionis: „ius sibi esse, cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda' (l. 6 § 2 D. si serv. 8. 5) spreche. Das Richtige ist gewiß allein, wie schon Andere hervorgehoben haben (vgl. außer Schmidt a. a. O. Vangerow a. a. O. Anm. 2), daß bei der servitus oneris ferendi mit dem dinglichen Recht ein obligatorisches nach Art unserer Reallasten verbunden ist; der Verpflichtete in demselben ist der jedesmalige Eigenthümer. Aber freilich muß man dabei anerkennen, daß die Römer dieses obligatorische Recht nicht bloß als servitus wirklich bezeichnen, sondern auch dem Rechte der servitus unterwerfen, obgleich sie sich der darin liegenden Anomalie wohl bewußt sind (l. 6 § 2 l. 8 § 2 D. si serv. 8. 5). In diesem Sinne liegt also in der servitus oneris ferendi allerdings eine Ausnahme von dem Satze: servitus in faciendo consistere non potest, nicht als wenn es nach dem Begriffe der Dienstbarkeit eine Dienstbarkeit auf ein Thun von Seiten des Eigenthümers der dienenden Sache geben könnte, sondern es wird hier als Dienstbarkeit behandelt, was in der That Dienstbarkeit nicht ist. Nur durch diese anomale Herbeiziehung des Rechts der Dienstbarkeit wurden die Römer über das Bedenken hinausgehoben, welches für sie darin liegen mußte, daß durch Privatwillkür der jedesmalige Eigenthümer eines Grundstücks sollte verpflichtet werden können. Vgl. jetzt auch Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 555, Wächter II S. 210 fg., Pernice Parerga II S. 94, Dernburg I S. 554. — Mühlenbruch (Arch. f. civ. Pr. XIV S. 321 fg. [1831]) sucht eine Vermittelung für das Anomale der servitus oneris ferendi in dem Rechte der cautio damni infecti, welches man auf Grund des bei der Bestellung der Servitut erklärten Willens in die Servitut hineingetragen habe. Aber wenn auch das Recht der cautio damni infecti zur Erklärung der Reparaturpflicht ausreichte, so würde doch immer die Frage ungelöst bleiben, aus welchem Grunde man dieses Recht in die Servitut hineingetragen habe. Mir scheint mit dieser Erklärung ebensowenig etwas gewonnen zu sein, als wenn Elvers S. 55 fg. auszuführen sucht, daß das Charakteristische bei der servitus oneris ferendi eigentlich in dem Verbote eigenmächtiger Reparatur von Seiten des Servitutberechtigten liege, und die Pflicht des Eigenthümers des dienenden Grundstücks zur Reparatur nur eine Folge davon sei. — Eine gar seltsame Ansicht vertritt Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIX S. 469 fg.; er meint, mit Berufung auf l. 33 D. de S. P. U., die Eigenthümlichkeit der servitus oneris ferendi erkläre sich aus der Schriftlichkeit des Begründungsvertrages. — Schirmer Zeitschr. f. RGesch. XII S. 177 fg. ist der Meinung, die servitus oneris fe-

durch Rauch, hinüberfliegende Steinsplitter u. dgl. zu belästigen[5]; das Recht, einen Düngerplatz in unmittelbarer Nähe von des Nachbarn Mauer zu haben[6]; das Recht, zu verlangen, daß auf des Nachbarn Grundstück gar nicht oder nicht über eine gewisse Höhe hinaus gebaut werde[7], daß dem herrschenden Grundstück Licht[8] oder Aussicht[9] nicht verbaut werde. Wenn in den Quellen auch Dienstbarkeiten gerade entgegengesetzten Inhalts genannt werden, auf Höherbauen, Verbauen der Aussicht, auf Nichtabfallen-

---

rendi gehe auf ein facere nicht bloß was die Reparatur, sondern auch was das onus ferre betreffe, was aber durch die dafür angeführte Stelle, l. 6 § 2 D. si serv. 8. 5, nicht bewiesen wird. — Vgl. noch Brinz 2. Aufl. I § 188 Note 2. — Seuff. Arch. XVII. 8.

[4] Servitus cloacae mittendae, l. 7 D. serv. 8. 1, l. 1 § 4. 6 D. de cloacis 43. 23. Seuff. Arch. IV. 209, XXI. 214. — Recht auf ausschließliche Benützung eines unter dem Nachbarhause befindlichen Kellers: Seuff. Arch. XXIX. 11, Entscheid. des RG. IV S. 135.

[5] L. 8 § 5. 7 D. si serv. 8. 5. Vgl. § 169 Ziff. 1. Seuff. Arch. XXXVI. 264. 265.

[6] L. 17 § 2 D. si serv. 8. 5. Vgl. 169 Ziff. 1.

[7] Servitus ne altius tollatur s. altius non tollendi, § 1. 4 I. de serv. 2. 3, l. 2. 6. 12. 21. 32 D. h. t, l. 16 D. comm. praed. 8. 4, l. 9 C. de serv. 3. 34.

[8] Servitus ne luminibus officiatur, § 1 I. de serv. 2. 3, l. 4. 6. 15. 17 pr. — § 2 l. 22. 23 pr. l. 31 D. h. t., l. 16 D. comm. praed. 8. 4, l. 15 D. si serv. 8. 5. Seuff. Arch. XXXI. 313. — Unterschieden wird in den Quellen von der servitus ne luminibus officiatur noch die servitus luminum, welche darin bestehen soll „ut vicinus lumina nostra excipiat", l. 4 D. h. t. Am Einfachsten wird dieß ohne Zweifel von dem Recht verstanden, in fremder Mauer ein Fenster zu haben (vgl. l. 8 C. de serv. 3. 34, auch l. 40 D. h. t., Seuff. Arch. X. 16); doch sind die Meinungen über diese Frage unendlich verschieden, s. Vangerow a. a. O. Anm. 1, Böcking a. a. O. Note 41. — In Deutschland, wo das Recht, Fenster nach des Nachbars Grundstück hinaus zu haben, vielfach particularrechtlich beschränkt ist (vgl. übrigens auch die nicht glossirte l. 12 C. de aedif. priv. 8. 10 in § 3), sind von Wichtigkeit auch die Dienstbarkeiten, durch welche ein weiter gehendes Fensterrecht begründet wird. Vgl. Mittermaier deutsch. Privatr. I § 67 Nr. 9, Beseler deutsch. Privatr. § 93 lit. c. 3, Roth Bayr. Civilr. II S. 319 fg., Seuff. Arch. II. 139, VI. 15, XIV. 13, und über das Fensterrecht überhaupt Pfeiffer prakt. Ausführungen IV S. 3 fg. VII S. 331 fg., Stölzel Arch. f. civ. Pr. LII S. 206 fg.

[9] Servitus ne prospectui officiatur s. prospiciendi, § 2 I. de act. 4. 6, l. 3. 12. 15. 16 D. h. t. Seuff. Arch. XXXI. 313, XXXII. 305. Noch weiter geht die in l. 17 § 1 D. si serv. 8. 5 erwähnte Dienstbarkeit „ut in eo loco positum habere ius Seio non esset".

lassen der Dachtraufe[10], so sind dieselben gegenüber localrechtlich begründeten gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen zu denken[11].

IV. Begründung der Dienstbarkeiten.

A. Durch den Willen des Eigenthümers*.

§ 212.

Unter den Thatsachen, durch welche Dienstbarkeiten begründet werden, ist von vorzugsweiser Wichtigkeit die Willenserklärung des

[10] Servitus altius tollendi, officiendi luminibus vicini, stillicidii non avertendi. Gai. II. 31. IV. 3, § 2 I. de act. 4. 6, l. 1 pr. l. 2 D. h. t., l. 2 pr. D. de S. P. R. 8. 3, l. 7 § 1 D. comm. praed. 8. 4, l. 26 pr. D. de exc. rei iud. 44. 2, l. 1 C. de serv. 3. 34.

[11] Wie die in l. 2 § 10 D. de aqua et aquae 39. 3 erwähnte Dienstbarkeit gegenüber der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung in Betreff des Abflusses des Regenwassers. Ein die Baufreiheit beschränkendes Gesetz erließ z. B. K. Zeno für Constantinopel (l. 12 C. de aedif. priv. 8. 10), welches später von Justinian auf alle Städte des Reiches ausgedehnt wurde (l. 13 eod.). Warum die römischen Juristen bei der Auswahl ihrer Beispiele von Dienstbarkeiten nicht auch auf solche localrechtliche Bestimmungen hätten Rücksicht nehmen können, ist nicht abzusehen. Vgl. H. Witte Zeitschr. f. Civ. u Pr. N. F. XIII S. 396 fg., Arndts § 185 Anm. 6 und die bei Vangerow I S. 731. 732 (834. 835) Citirten, ferner Bekker Zeitschr. f. vergl. RW. II S. 47 fg., Cohn Arch. f. civ. Pr. LXIV S. 344 fg., Wächter II S. 249 fg. — Andere haben für die erwähnten Dienstbarkeiten andere Erklärungen gesucht. Die verbreitetste (mehrfach auch mit der hier vertheidigten verbundene) Ansicht geht dahin, daß dieselben zu denken seien als Resultat der (vollständigen oder, nach Andern, theilweisen) Wiederaufhebung einer Dienstbarkeit des entgegengesetzten Inhalts, einer servitus altius non tollendi etc., vgl. namentlich Vangerow a. a. O. Anm. 3 und die daselbst Citirten, Elvers § 39, Böcking § 171. s—z. Ich will diese Auffassung nicht als unmöglich bestreiten; aber sie macht dem römischen Recht den Vorwurf einer Begriffsnachlässigkeit, da das Dienstbarkeitsrecht als Erweiterung des Eigenthums am herrschenden Grundstück wohl erscheinen mag (§ 209 Note 2), aber eine solche doch nicht ist; bei der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung ist dieß anders, durch dieselbe wird in der That dem Eigenthumsrecht ein anderer Inhalt gegeben. Deßwegen glaube ich, daß man zu dieser Erklärung (obgleich sie durch Theophilus zu § 1 I. de serv. 2. 3 unterstützt wird) ohne Noth nicht greifen soll, welche mir nach dem oben Gesagten nicht vorzuliegen scheint. Jedenfalls wird man, wenn man dieser Ansicht huldigt, sich darüber entscheiden müssen, ob man die durch eine solche Wiederaufhebung einer Dienstbarkeit begründeten Berechtigungen auch dem Rechte der Dienstbarkeiten unterwerfen, oder ob man sie sich nur formell als Dienstbarkeiten,

Eigenthümers. Diese Willenserklärung kann eine letztwillige oder eine Willenserklärung unter Lebenden sein; an diesem Orte ist nur von der letzteren zu handeln (vgl. § 171).

Die Willenserklärung unter Lebenden, daß eine Dienstbarkeit entstehen solle, setzt, wie die auf Eigenthumsübertragung gerichtete, damit sie ihren Zweck erreiche, eine Annahmeerklärung von Seiten desjenigen voraus, für welchen die Dienstbarkeit entstehen soll; d. h. auch hier ist ein Begründungsvertrag erforderlich. Für diesen Vertrag gilt, abgesehen von den Grundsätzen, welche für alle Verträge maßgebend sind, Folgendes.

1. Die Dienstbarkeit wird durch den Vertrag als solchen erzeugt; derselbe bedarf nicht, wie der Eigenthumsübertragungsvertrag der Vollendung durch Besitzeinräumung[1].

---

materiell aber als „wirkliche Behauptungen der Eigenthumsfreiheit" denken will (so Böcking a. a. O. § z). Im Grundgedanken kommt mit der hier zurückgewiesenen Ansicht die von Scheurl Zeitschr. f. gesch. RW. XII S. 255–257 aufgestellte überein, welcher die fraglichen Dienstbarkeiten auf eine vertragsmäßige Anerkennung der Eigenthumsfreiheit „in Form einer Servitutbestellung" zurückführt. H. Pernice commentationes iuris Romani duae p. 149 denkt bei der servitus altius tollendi an eine Benützung des benachbarten Hauses zum Zweck des Baues. Verschiedenes verbindet Keller § 172. Noch andere Ansichten bei Vangerow a. a. O. Anm. 3 lit. e, Cohn a. a. O. S. 350 fg. Vgl. auch Hartmann Rechte an eigener Sache S. 32 fg.

* Elvers § 63—66. Glück IX S. 39 fg. Sintenis I S. 580–585, Dernburg § 251.

[1] Dieß ist die jetzt herrschende Meinung (dafür auch die Entscheidung bei Seuff. Arch. XII. 130, dagegen das. XV. 5, XX. 110), welche gegenüber der früher allgemein anerkannten entgegengesetzten nach dem Vorgange Savigny's in seinen Vorlesungen (vgl. dens. Besitz S. 577 [474] Note 1) zuerst in eingehender Weise vertheidigt worden ist von E. I. Schmidtlein de servitutibus per pactum constituendis (1823) und Arch. f. civ. Pr. IX S. 145 fg. (1826), nach demselben von Michelsen Arch. f. civ. Pr. VIII S. 362 fg. (1825), Hasse Rhein. Mus. I S. 64—144 (1827), Warnkönig Arch. f. civ. Pr. XII S. 52 fg. (1829), und in der neueren Zeit von Schmidt (von Ilmenau) Jahrb. d. gem. R. III S. 246 fg. (1859); s. ferner Elvers § 64, Sintenis I § 64 Note 15, Keller § 181, Dernburg I S. 601 fg. Theilweise haben sich für diese Ansicht erklärt Zimmern Arch. f. civ. Pr. VII S. 309 fg. (1824), Huß Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. X S. 78 fg. (1853). Als Gegner derselben sind aufgetreten namentlich Francke civil. Abhandlungen Nr. 3 (1826), Fritz Erläuterungen I S. 376 fg., Vangerow I § 350 Anm. 1 (dessen Hauptgrund bis zuletzt geblieben ist, daß durch Vertrag bloß eine Obligation begründet werden könne [in der 7. Aufl. hat er hinzugefügt: durch Vertrag „im eigentlichen § 212.

2. Nicht bloß der Eigenthümer kann die Sache einer Dienstbarkeit unterwerfen, sondern auch der Emphyteuta und der Super-

---

Sinne des Wortes"]), Brinz S. 272—274 (2. Aufl. I S. 792), Ferd. Muther krit. VJSchr. IX S. 391 fg., Karlowa das Rechtsgeschäft S. 223 fg., Lenel Jahrb. f. Dogm. XIX S. 183 fg. Man bemerke über diese Frage Folgendes. In unseren Quellen werden als Formen der Begründung von Dienstbarkeiten neben einander genannt a) die Tradition, d. h. die Einräumung der, in Folge davon wirklich erfolgenden, Ausübung (l. 11 § 1 D. de Publ. 6. 2, l. 25 § 7 D. de usufr. 7. 1, l. 1 pr. D. quib. modis usufr. 7. 4, l. 3 D. si ususfr. 7. 6, l. 20 D. de serv. 8. 1, l. 1 § 2 D. de S. P. R. 8. 3); b) pactiones et stipulationes (§ 4 I. de serv. 2. 3, § 1 I. de usufr. 2. 4, l. 3 pr. l. 25 § 7 D. de usufr. 7. 1, vgl. auch l. 14 C. de serv. 3. 34, l. 12 § 1. 3. 4 C. de aedif. priv. 8. 10). Das erklärt sich so. Die ursprüngliche Form der Bestellung von Dienstbarkeiten war die mancipatio (bei servitutes praediorum rusticorum) und die in iure cessio (bei allen). Wo diese Formen nicht anwendbar waren, wie bei Provinzialgrundstücken, half man sich dadurch, daß man der formlosen Bestellung der Dienstbarkeit (pactio) einen obligatorischen Vertrag (stipulatio) hinzufügte, durch welchen der Besteller, gewöhnlich mit Hinzufügung einer Strafe, für sich und seine Erben versprach, die Ausübung der Dienstbarkeit gewähren zu wollen (Gai. II. 28–31, l. 38 § 10—12 D. de V. O. 45. 1, l. 2 § 5. 6 l. 49 § 2 l. 50 l. 85 § 3 I. 131 pr. D. eod., und andere Stellen mehr). Dadurch erreichte man ursprünglich nur Sicherung des Interesse; im Laufe der Zeit aber wurde in dieser Verbindung des formlosen Bestellungsvertrages mit der Stipulation eine wirkliche Begründung des Rechts der Dienstbarkeit gefunden; das Resultat der pactiones und stipulationes wird übereinstimmend bei Gai. II. 31, in § 4 I. de serv., § 1 I. de usufr., l. 3 pr. D. de usufr. als ein „constituere" der Dienstbarkeit bezeichnet, und in l. 25 § 7 D. de usufr. heißt es, daß der Nießbrauchssclave dem Nießbraucher erwerbe, möge der Nießbrauch „iure legati constitutus" sein, oder „per traditionem vel stipulationem vel alium quemcunque modum". S. auch l. 27 § 4 D. de usufr. 7. 1, l. 33 pr. l. 36 D. de S. P. R. 8. 3. (Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 554 fg. nimmt als Rechtszustand bis Justinian Uebergang der persönlichen Verpflichtung auf die Sondernachfolger an. Der Gedanke ist anmuthend; doch fällt auf, daß von einer Stipulation dieses Inhalts in den Quellen keine Rede ist. Sollte, wenn jener Uebergang Rechtens war, er nicht auch in der Parteiberedung zum Ausdruck gekommen sein?) Neben dieser Entwickelung ging aber eine andere einher. Während noch Gajus die Tradition, als körperliche Uebergabe, bei den Dienstbarkeiten als unkörperlichen Sachen für unmöglich erklärt, erkannte man, daß, wenn man die Tradition als Einräumung der thatsächlichen Willensmacht fasse, die Dienstbarkeiten ihr keineswegs verschlossen seien (vgl. l. 20 D. de serv. 8. 1), und in derselben Weise, wie es feststand, daß durch Tradition Eigenthum übertragen werde, wenn auch nicht immer civilrechtliches, ließ man sie auch bei den Dienstbar-

ficiar; diese freilich nur für die Dauer ihres Rechts[2]. Der Miteigenthümer kann seinen Theil des Eigenthums mit einem Nießbrauche belasten; untheilbare Dienstbarkeiten dagegen kann er nur in Gemeinschaft mit den andern Miteigenthümern begründen[3]. Für den Fall, wo ein Miteigenthümer eine Dienstbarkeit bestellt

keiten als genügenden Ersatz für mancipatio und in iure cessio zu, allerdings nicht nach den Anforderungen des Civilrechts, aber doch so, daß der Schutz des Prätors einzutreten habe. In die Justinianische Compilation sind die Resultate beider Entwickelungen aufgenommen worden, und es fragt sich nun, was heutzutage praktisch anzuwendendes Recht sei. In dieser Beziehung ist Folgendes zu bemerken. a) In der Compilation heißt es jedenfalls auch, daß die Dienstbarkeiten durch pactiones et stipulationes begründet werden können; wenn andere Stellen von der Tradition reden, so thun sie dieß nicht, um dieselbe für unbedingt nothwendig zu erklären. b) Die Stipulation ist nicht das die Dienstbarkeit eigentlich Begründende; sie kann ihrem Wesen nach nur eine Obligation erzeugen, und ist daher lediglich ein Zusatz zu dem auf die Begründung des dinglichen Rechts gerichteten Vertrag. Da wir nun „diese stipulatio [poenae] weder der Form noch der Sache nach in unsere Praxis aufgenommen haben, so tritt bei uns einfach derjenige Vertrag an die Stelle, bei welchem der Wille auf sofortige Bestellung des Rechts gerichtet ist" (Schmidt a. a. O. S. 285). — Andere (so auch Savigny I § 41. g, Puchta § 187. 192, Arndts § 191 Anm.) beziehen die Stellen, welche von der Tradition reden, im Sinne des Justinianischen Rechts auf den Fall der Bestellung durch den Nichteigenthümer, indem sie annehmen, durch dieselben solle für diesen Fall Tradition als Voraussetzung der Publiciana confessoria actio bezeichnet werden. Aber dem steht entgegen, daß der Schutz des redlichen Erwerbes eben auch nur redlichen Erwerb voraussetzt, also nichts, als was auch das Recht zu begründen im Stande ist (vgl. § 199 Note 9). — Particularrechtlich ist für die Begründung der Dienstbarkeit Eintragung in das Grundbuch erforderlich, obgleich das Grundbuchsystem (§ 171 Note 2) keineswegs überall auf die Dienstbarkeit erstreckt ist. Vgl. Beseler § 97 Note 7—9. § 193 Note 1, Stobbe II § 97 Num. 5.

[2] L. 1 pr. D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 1 § 9 D. de superfic. 43. 18. Gegen die Beschränkung der Dauer Dernburg § 251 Note 9.

[3] S. § 205 Note 7 und in der ganzen zweiten Hälfte, § 209 Ziff. 8. Die Willenserklärungen der mehreren Miteigenthümer brauchen nicht gleichzeitig zu sein; nur darf in der Zwischenzeit keine Veränderung in den Personen (durch Veräußerung oder Erbgang) eingetreten sein. L. 18 D. comm praed. 8. 4 (über den Text vgl. die unten genannten Schriftsteller und die Mommsen'sche Ausgabe), l. 6 § 2 eod., l. 11 D. de S. P. R. 8. 3, vgl. l. 3 D. de serv. leg. 33. 3. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV S. 305—313, Regelsberger civilr. Erörterungen I S. 36 fg., Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 466 fg., Köppen das. XI S. 236 fg., Steinlechner in der § 209 Note 16 citirten Schrift II S. 206 fg.

hat und hinterher das Eigenthum erwirbt, müssen die gleichen Grundsätze zur Anwendung kommen, wie für den entsprechenden Fall der Eigenthumsübertragung[4].

3. Daß nur ein handlungsfähiger Eigenthümer eine Dienstbarkeit begründen kann, versteht sich von selbst. Ein gesetzliches Veräußerungsverbot steht auch der Begründung einer Dienstbarkeit entgegen[5].

4. Der Eigenthümer kann nicht genöthigt werden, eine Dienstbarkeit zu bestellen. Dieß erleidet eine Ausnahme für den Fall, wo einem Grundstück der Zugang zu der öffentlichen Straße versperrt ist; der Eigenthümer kann hier von dem Eigenthümer der dazwischen liegenden Grundstücke Bestellung einer Wegegerechtigkeit verlangen[6].

5. Erwerben kann eine Grunddienstbarkeit nur, wer zur Vertretung des Grundstücks, an welches die Dienstbarkeit angeknüpft werden soll, befugt ist. Dieß ist außer dem Eigenthümer der Emphyteuta und der Superficiar[7]. Steht das Grundstück im Miteigenthum, so ist die Willenserklärung aller Miteigenthümer erforderlich[8].

---

[4] S. § 172 Ziff. 1. Vgl. Seuff. Arch. XXIV. 190.

[5] L. 7 C. de reb. al. 4. 51.

[6] In den Quellen ist dieß nur für das iter ad sepulchrum anerkannt, l. 12 pr. D. de rel. 11. 7; die Ausdehnung beruht auf einer unbezweifelbaren Praxis. S. Glück IX S. 101 und Seuff. Arch. I. 177. 321 (vgl. IV. 204), VI. 156, XIII. 210. 211, XIV. 114, XVI. 12, XXVII. 8, XXXIII. 3.

[7] Ausgeschlossen ist der Nichteigenthümer, l. 6 pr. l. 8 D. comm. praed. 8. 4, l. 6 § 5 D. de A. E. V. 19. 1. Ausgeschlossen ist ferner der Nießbraucher, l. 15 § 7 D. de usufr. 7. 1. Die Zulassung des Emphyteuta und des Superficiars ist in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt; aber man wird sich ihr nicht entziehen können (dafür auch die Entscheidung bei Seuffert VII. 155). Können diese Personen das Grundstück mit Dienstbarkeiten beschweren, so können sie es auch mit Dienstbarkeiten bereichern; die Beschränkung aber auf die Dauer ihres Rechts, welche in jenem Falle gilt, muß hier wegfallen, eben weil sie das Grundstück nicht beschweren, dem Eigenthümer nichts nehmen, sondern ihm etwas zuführen. Schwierig ist die Beantwortung der Frage, ob auch der redliche Besitzer eine Dienstbarkeit für das Grundstück erwerben kann. Man wird sagen müssen: da derselbe dritten schlechter Berechtigten gegenüber als Eigenthümer gelte, so müsse er ihnen gegenüber auch die ihm für das Grundstück bestellten Dienstbarkeiten geltend machen können; aber für die Behauptung, daß dieselben dem Grundstück wirklich er-

6. Die Bestellung einer Dienstbarkeit kann auch unter einer Bedingung, Befristung oder Voraussetzung erfolgen[9].

7. Ein besonderer Fall der Bestellung der Dienstbarkeit ist der, wo die Dienstbarkeit bei der Eigenthumsübertragung vorbehalten wird[10]. Das Rechtsverhältniß ist hier nicht, wie das Wort andeutet, so zu denken, daß der Eigenthümer das Eigenthum mit Ausnahme der Dienstbarkeit weggäbe, also in der Dienstbarkeit einen Theil Dessen behielte, was er auch bisher

---

worben seien, also auch dem Eigenthümer zu Gute kommen, sehe ich keinen Anhalt. Vgl. Elvers S. 693—696.

[8] Es gelten hier dieselben Grundsätze, wie für den Fall, wo ein im Miteigenthum stehendes Grundstück mit einer Dienstbarkeit beschwert werden soll, l. 5. 18 D. comm. praed. 8. 4, l. 32 D. de S. P. R. 8. 3. Steinlechner a. a. O. (Note 3). Seuff. Arch. XXV. 121.

[9] L. 4 pr. D. de serv. 8. 1 lautet: „Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub condicione, neque ad certam condicionem (verbi gratia 'quamdiu volam') constitui possunt. Sed tamen, si haec adiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti". Dieser Ausspruch bezieht sich nur auf die Grunddienstbarkeiten; denn s. Vat. fr. § 48—50. 52, l. 4 D. de usufr. 7. 1, l. 5. 12 C. de usufr. 3. 33, und vgl. l. 16 § 2 D. fam. erc. 10. 2. Auch für Grunddienstbarkeiten gilt er nicht, was die letztwillige Bestellung derselben angeht, l. 3 D. de serv. leg. 33. 4. Der Grund desselben ist zu suchen theils in der Besonderheit der ursprünglichen Form der Bestellung der Servituten (vgl. § 95 Note 2), theils in der Abneigung des älteren Rechts gegen die auflösende Bedingung und Befristung überhaupt (§ 90 Note 4, § 96 Note 6). Der erste Grund ist mit der mancipatio und in iure cessio weggefallen, und die bezeichnete Abneigung darf als durch die Gesammtentwickelung des römischen Rechts überholt angesehen werden. So erscheint es nicht zu gewagt, den ganzen Satz für das heutige Recht aufzugeben. Vgl. Schrader civil. Abhandlungen S. 324—332, Elvers § 19, Sintenis I § 64 Note 16, Keller S. 317, Vangerow I § 340 Anm. 1 a. E., Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 536, Enneccerus über Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung (Göttingen 1871) S. 68 fg., Czyhlarz zur Lehre von der Resolutivbedingung (Prag 1871) S. 14 fg. 72 fg. 84 fg.

[10] Die Quellen sprechen in diesem Fall von einem deducere, detrahere, excipere, recipere der Dienstbarkeit. S. l. 32. 36 § 1 l. 54 D. de usufr. 7. 1, l. 34 D. de S. P. U. 8. 2, l. 30 D. de S. P. R. 8. 3, l. 3. 5. 6 pr. § 3 l. 7 pr. l. 8. 10 D. comm. praed. 8. 4, l. 22 § 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 7 D. de A. E. V. 19. 1, l. 126 § 1 D. de V. O. 45. 1. Von diesem Fall handeln die Inauguraldissertationen von Ferd. Muther: in fr. VI. communia praediorum commentatio (1858), und von Jos. Freisen: Vorbehalt von dinglichen Rechten bei Eigenthumsübertragung nach röm. R.

gehabt hat; denn er hat die Dienstbarkeit, welche etwas qualitativ Anderes ist, als das Eigenthum, bisher nicht gehabt[11]. Sondern die Dienstbarkeit wird bei der Eigenthumsübertragung neu begründet, und zwar ist der sie Begründende nicht der Uebergeber, sondern der Empfänger des Eigenthums[12]. Ein Vorbehalt dieser Art kann auch stillschweigend gemacht werden[13].[14]

(1881). Außerdem ist zu vergleichen: Dirksen vermischte Schriften I S. 110 fg., Gesterding Ausbeute VI S. 38 fg., Bruns quid conferant Vaticana fragmenta ad melius cognoscendum ius Romanum p. 91 sqq.

[11] S. § 200 Note 3. Dernburg Pfandrecht I S. 272 fg. Pand. I S. 600, Freisen a. a. O., s. auch Kohler Pfandrechtliche Forschungen S. 261. A. M. Büchel civilr. Erörterungen I. 2 S. 73 fg. (2. Aufl. S. 187 fg.), Arndts § 371 Anm. 2. Vgl. auch Ihering Geist d. röm. Rechts III S. 134—136 (3. Aufl. S. 141—142). Jahrb. f. Dogm. X S. 551—553, Degenkolb Platzrecht und Miethe S. 159—161, Czyhlarz Resolutivbedingung S. 72, Pernice Labeo I S. 477 fg. Parerga II S. 98 Note 1.

[12] In den Quellen heißt es zwar, daß der übergebende Eigenthümer die Dienstbarkeit „imponit, iniungit", daß er das Grundstück „servum facit". Aber einerseits lassen sich diese Ausdrücke auch so verstehen, daß sein Wille bestimmend sei für den Willen des Empfängers, welcher, indem er die Sache unter der von dem Uebergebenden hinzugefügten Maßgabe hinnimmt, seinen Willen dahin erklärt, daß die Dienstbarkeit entstehen solle. Und andererseits ist die Annahme, daß der Empfänger es sei, welcher die Dienstbarkeit bestellt, erstens begriffsmäßig nothwendig; denn der Eigenthümer kann die Sache nicht mit einer Dienstbarkeit zu seinen eigenen Gunsten belasten. Man könnte sagen, er belaste sie in dem Momente, wo er Eigenthümer zu sein aufhöre; aber in diesem Momente ist er auch unfähig, die Sache zu belasten. Er kann nicht für den Einen Act der Dienstbarkeitsbestellung als Eigenthümer und Nichteigenthümer gelten. Zweitens ist jene Annahme geboten durch den Inhalt unserer Quellen. Nach l. 1 § 4 l. 2 D. de reb. eor. 27. 9 entsteht kein Pfandrecht, wenn einem Minderjährigen etwas zu Eigenthum mit Vorbehalt eines Pfandrechts übertragen wird. Also ist der Minderjährige der Verleihende; er bekommt nicht die Sache als beschwerte, sondern er beschwert sie, indem er sie bekommt (in demselben Moment, vgl. l. 58 D. de A. v. O. H. 29. 2, Fitting das castrense peculium S. 112 fg.). Der Schluß von dem Pfandrecht auf die Dienstbarkeit aber ist ein unabweislicher. An diesem Fall tritt zugleich das praktische Interesse der Frage hervor (vgl. auch § 246 Note 11 a. E.). Vgl. übrigens auch l. 8 D. comm. praed. 8. 4, und Seuff. Arch. IV. 207.

[13] Hierher gehört namentlich der Fall, wo eines von zwei Grundstücken veräußert wird, von denen das eine dem andern durch eine äußere Veranstaltung factisch dient. Vgl. l. 36. 37 D. de S. P. U. 8. 2. Näher ist dieser Punkt entwickelt in dem französischen Gesetzbuch Art. 692—694. Seuff. Arch.

B. Durch Ersitzung*.

§ 213.

Dienstbarkeiten können auch, wie das Eigenthum, durch fortgesetzten Besitz begründet werden[1]. Hierüber ist Folgendes zu bemerken.

XI. 18. 121, XIII. 212, XX. 209, XXI. 105, XXXI. 119, XXXII. 115, XXXV. 278, XXXVI. 15, XXXVII. 10.

[14] Vorbehalt zu Gunsten eines Dritten? L. 5 l. 6 pr. l. 8 D. comm. praed. 8. 4, l. 36. 37 D. de S P. U. 8. 2 — Form? Im römischen Rechte war dieselbe gewahrt, wenn die Eigenthumsübertragung durch mancipatio oder in iure cessio, nicht, wenn dieselbe durch traditio erfolgte. Gai. II. 33, Vat. fr. 47. 50.

* v. Seckendorf Arch. f. civ. Pr. IV S. 83 fg. (1821). Zimmern in Neustetel und Zimmern römischrechtl. Untersuchungen Nr. 5 (1821). Hasse Rhein. Mus. II S. 394 fg. (1828). Bessel Arch. f. civ. Pr. XIII S. 380 fg. (1830). E. Hoffmann in Fuhr und Hoffmann civilist. Versuche Nr. 1 (1835). Busch Arch. f. civ. Pr. XXXI S. 241 fg. 407 fg. (1848). Th. Muther die Ersitzung der Servituten mit besonderer Berücksichtigung der Wegservituten (1852). Hedemann Erwerb und Schutz der Servituten nach römischem Recht S. 1 fg. (1864). Unterholzner Verjährungslehre II § 187—216. Elvers § 68. Glück IX S. 105 fg.; Sintenis I S. 586—593, Vangerow I § 351, Dernburg § 252.

[1] Im älteren römischen Recht gab es eine usucapio servitutium; diese § 213. wurde durch eine lex Scribonia (unbekannt wann? vgl. Rudorff röm. RGesch. I S. 72) aufgehoben, l. 4 § 28 [29] D. de usurp. 41. 3, vgl. l. 14 pr. D. de serv. 8. 1, l. 43 § 1 D. de A. R. D. 41. 1, l. 9 D. de usurp. 41. 3. (Ueber die Frage, ob diese usucapio sich auf alle Dienstbarkeiten bezogen habe, oder nur auf die Gebäudedienstbarkeiten, s. Unterholzner § 196, Vangerow a. a. O. S. 761—762 und die von diesen Schriftstellern Citirten, ferner Schmidt [v. Ilmenau] Jahrb. d. gem. R. III S. 247 Note 1, Voigt über den Bestand und die historische Entwickelung der Servituten und der Servitutenklage [1874] S. 22 fg.). Die im späteren Recht anerkannte Ersitzung der Dienstbarkeiten beruht auf der magistratischen Jurisdiction, welche dem „diuturnus usus", der „longa quasi possessio", der „longa consuetudo", der „longi temporis consuetudo" ihren Schutz gewährte. Von dieser späteren Ersitzung handeln l. 10 pr. D. si serv. 8. 5, l. 1 § ult. D. de aqua et aquae 39. 3, l. 5 § 3 D. de itin. 43. 19, l. 28 D. de S. P. U. 8. 2, l. 25 D. quemadm. serv. 8. 6, l. 1. 2 C. de serv. 3. 34, l. 12 i. f. C. de praescr. l. t. 7. 33. Der Ausdruck praescriptio wird auf diese Ersitzung nicht angewendet. — Die l. 10 § 1 D. de usurp. 41. 3 („Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint") ist durch Versehen in die Pandekten aufgenommen worden; die Compilatoren glaubten hier, wie sonst, Alles gethan zu haben, wenn sie usucapi

1. Der Besitz der Dienstbarkeiten besteht in ihrer Ausübung, d. h. darin, daß derjenige Willensinhalt zur thatsächlichen Geltung gebracht wird, welcher in seiner rechtlichen Anerkennung das Dienstbarkeitsrecht ausmacht. Das Nähere hierüber ist in § 163 vorgetragen worden[2].

2. Der Besitz muß die Ersitzungszeit hindurch ununterbrochen fortgedauert haben; über den Verlust des Besitzes der Dienstbarkeiten ist ebenfalls an dem angeführten Orte gehandelt worden[3]. Der Besitz muß ferner ungestört fortgedauert gaben; durch Er-

---

in longo tempore capi änderten. Vgl. Unterholzner S. 144, Vangerow a. a. O. Nr. 1 g. E. — Hedemann a. a. O. (s. auch S. 167—170) leugnet mit Berufung auf diese Stelle die Ersitzung der Servituten ganz, und behauptet, die langjährige fehlerlose Ausübung gebe dem Dienstbarkeitsprätendenten nur Freiheit vom Beweise des Erwerbes, während dem Gegner der Beweis des Nichtbestehens der Dienstbarkeit, der Freiheit seines Eigenthums, nicht verschlossen sei — in Widerspruch mit den Quellenaussprüchen (s. oben), welche er sich vergeblich zu beseitigen bemüht, und ohne sich darüber zu erklären, wie er sich den Beweis des Nichtbestehens der Servitut eigentlich denkt. S. dawider auch Ferd. Muther krit. VJSchr. IX S. 370 fg.

[2] Vgl. namentlich auch die Noten 3—10 das.

[3] S. Note 11—14 das. Besonders zu beachten ist das in und zu Note 13 Gesagte, wonach der Besitz der Dienstbarkeiten auch dadurch verloren werden kann, daß die Wiederverwirklichung des zum Erwerbe des Besitzes erforderlichen körperlichen Verhältnisses eine längere Zeit hindurch unterbleibt; das Nähere ist dem Ermessen des Richters anheimzugeben. Seuff. Arch. I. 408 Nr. 6, IX. 129, XIII. 83, XV. 206, XVI. 177 Nr. 2, XXI. 107. Andere sind strenger in Betreff der auf einzelne sich wiederholende Handlungen gerichteten Dienstbarkeiten (s. g. servitutes discontinuae). Es wird für sie verlangt wenigstens einmalige Ausübung in jedem Jahre (Hasse S. 408, Seuff. Arch. I. 408 a. E., II. 141, XVI. 177 Nr. 1, XXI. 217), bei Wegegerechtigkeiten in Gemäßheit des für den Besitzesschutz Vorgeschriebenen sogar dreißigmalige Ausübung in jedem Jahre (Muther § 30. 36, vgl. Hasse S. 408, Hoffmann S. 17). Noch Andere wollen bei Dienstbarkeiten der genannten Art die Ersitzung ganz ausschließen und nur unvordenkliche Verjährung zulassen; so die bei Glück IX S. 148 citirten Aelteren, ferner Flach Entscheidungen des OAG. zu Wiesbaden II S. 1—3 unter Berufung auf die Praxis des OAG. zu Wiesbaden, die von Pfeiffer prakt. Ausführungen II S. 116 fg. und VII S. 255 fg. bezeugte Praxis des OAG. zu Cassel (vgl. jedoch auch Seuff. Arch. XI. 124) und die Praxis im Bezirk des früheren OT. zu Greifswald nach Seuff. Arch. XXXIV. 20. Dawider Savigny IV S. 498—503, Muther § 3—7, Vangerow a. a. O. Nr. 1 a. E., Seuff. Arch. I. 178, XXV. 202, XXVIII. 15, XXXI. 120, Entscheid. des RG. III. 210. Vgl. überhaupt Busch S. 256—268.

hebung des Processes wird die Dienstbarkeitsersitzung in derselben Weise wie die Eigenthumsersitzung unterbrochen[4].

3. Der Besitz muß kein fehlerhafter gewesen, d. h. die Ausübung muß offen, ohne Widerspruch des Eigenthümers, und nicht in Folge bloßer Vergünstigung desselben geschehen sein[5]. Nach heutigem Recht ist außerdem guter Glaube des Ersitzenden erforderlich[6], nicht aber eine besondere Rechtfertigung dieses guten

---

[4] Dafür spricht: 1) die Analogie der technisch sogenannten longi temporis praescriptio; 2) die l. 2 C. de ann. exc. 7. 40, welche ihrem wahren Gedanken nach auch auf diesen Fall bezogen werden muß (vgl. § 180 Note 7). Entscheidend aber ist 3) der Gesichtspunkt, daß durch die Erhebung des Processes der Besitz ein fehlerhafter wird; was fortan geschieht, ist vi factum (s. die folgende Note).

[5] L. 10 pr. D. si serv. 8. 5: — „utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse". L. 1 § ult. D. de aqua et aquae 39. 3: — „ut . . . qui diu usus est servitute neque vi neque precario neque clam, habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitutem videatur". Daß hier unter vis nicht körperliche Vergewaltigung zu verstehen sei, zeigt schon die Zusammenstellung mit dem clam; es kommen hier die Grundsätze des interd. de itinere actuque privato (§ 164 Note 5) und des interd. quod vi aut clam (II § 465 Note 3. 4) zur Anwendung. Vgl. Unterholzner § 211; a. M. Elvers S. 746 Note o. Seuff. Arch. IV. 15, VI. 154, X. 235, XV. 207, XVII. 13, XXIII. 17, XXIV. 107, XXVI. 223, XXXI. 315, XXXV. 102, XXXVIII. 217. Entscheid. des RG. I S. 104 (= Seuff. Arch. XXXV. 191), XII S. 175. Zum Begriff des clam: Seuff. Arch. IX. 130, XII. 251, XXI. 106, XXII. 20; zum Begriff des precario: das. XXV. 221. Was den Beweis angeht, so braucht der Ersitzende nicht die Abwesenheit der genannten Besitzesfehler darzuthun; es genügt, daß die nachgewiesenen Besitzeshandlungen sich nicht als fehlerhafte darstellen. Unterholzner S. 184, Hasse S. 410 fg. (welcher aber für die Oeffentlichkeit Beweis allerdings verlangt), Busch S. 254—256, Vangerow a. a. O. Nr. 3 a. E. Seuff. Arch. I. 408 Nr. 5, XIV. 14 a. E., XV. 108, XVIII. 122, XXVIII. 16, XXXI. 208, Entscheid. des RG. I S. 103; s. aber auch Seuff. Arch. XV. 186.

[6] Auf Grund der Vorschrift des canonischen Rechts in c. 20 X. de praescr. 2. 26. Doch wird dieß nicht von Allen anerkannt, so nicht von Puchta § 188. m, Brinz S. 275 unt. (2. Aufl. I S. 793), während umgekehrt Andere der Ansicht sind, daß bereits das römische Recht bona fides erfordert habe. Vgl. im Allgemeinen Unterholzner S. 173—175, Hasse S. 417 fg., Busch S. 412—421, Muther § 13 fg., Elvers S. 740—748, Schwarze und Heyne Untersuchungen praktisch wichtiger Materien (1844) Nr. 3. Seuff. Arch. I. 408 Nr. 4, VIII. 348, IX. 132, X. 235, XVI. 176 Nr. 2, XXIII. 18.

Glaubens, so daß die Unredlichkeit des Bewußtseins des Ersitzenden von der Gegenseite nachgewiesen werden muß[7].

4. Die Ersitzungszeit beträgt 10 oder 20 Jahre, je nachdem die Parteien, zwischen welchen die Ersitzung abläuft, ihren Wohnsitz in demselben Oberlandesgerichts-Bezirk haben oder nicht[8].

5. Die Ausnahmen von der ordentlichen Eigenthumsersitzung (§ 182) müssen hier gleichfalls zur Anwendung kommen; dafür ist aber hier in gleicher Weise wie beim Eigenthum eine außerordentliche Ersitzung anzuerkennen[9].

---

[7] Es ist kein Titel erforderlich. Daß ein Titel vom römischen Rechte nicht erfordert wird, versteht sich von selbst, da dasselbe keine bona fides verlangt (in l. 2 C. de serv. 3. 34 wollen die Worte „eo sciente" nur auf die Abwesenheit der Heimlichkeit hinweisen, nicht aber, wie man gemeint hat, auf eine stillschweigende Einräumung oder Gestattung des Eigenthümers); aber auch das canonische Recht hat ihn nicht vorgeschrieben. Das Gegentheil wird namentlich von Bessel a. a. O. und Muther § 13 fg. vertheidigt. Vgl. Unterholzner S. 172, Hasse S. 400 fg., Hoffmann a. a. O., Busch S. 407 fg. 422 fg., Bangerow a. a. O. Nr. 3, Elvers S. 740—741. Seuff. Arch. I. 408 Nr. 3, IX. 132, XV. 109, XXXIV. 19, XXXV. 190.

[8] Paulus sentent. V. 5a § 8 sagt zur Erklärung des Ausdruckes longum silentium („Res olim iudicata post longum silentium in iudicium deduci non potest"): — „longum autem tempus exemplo longae praescriptionis decennii inter praesentes et inter absentes vicennii computatur". In l. 2 C. de serv. 3. 34 heißt es von der Servitutenersitzung: — „servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti". Die l. 12 C. de praescr. l. t. 7. 33, welche die Begriffe der praesentia und der absentia für die Ersitzung bestimmt, schließt mit den Worten: „eodum observando et si res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti ususfructus et ceterae servitutes". Eine besondere Ersitzungszeit für bewegliche Sachen gibt es hier nicht. Die von Zimmern in der oben angeführten Abhandlung verfochtene Ansicht, daß die Ersitzungszeit bei Dienstbarkeiten eine unbestimmte, in jedem einzelnen Fall von dem Richter zu bestimmende sei, hat fast gar keinen Anklang gefunden. Vgl. Unterholzner § 199—202, Hasse S. 400 Anm. 3, Muther § 25—28, Elvers S. 738—740, Bangerow a. a. O. Nr. 1. Seuff. Arch. I. 408 Nr. 1. — Die absentia wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Abwesende einen Vertreter hat: Seuff. Arch. X. 137, XII. 250, XV. 107, s. auch IX. 9. — Nach Analogie des für die Eigenthumsersitzung Geltenden ist die Ersitzung für vollendet zu erklären mit dem Anbruch des letzten Tages, und bei Grunddienstbarkeiten Besitzeszusammenrechnung zuzulassen (§ 180 Note 5, § 181). Seuff. Arch. I. 323.

[9] In Betreff des ersten Punktes ist abweichender Meinung Puchta § 188. m und Vorlesungen zu diesem § a. E., ebenso Brinz 2. Aufl. § 197 Note 18, in Betreff des zweiten Bangerow a. a. O. Nr. 5 und die daselbst

6. Durch Ersitzung können alle Dienstbarkeiten erworben werden; Ausnahmen, welche man für einzelne hat machen wollen, sind ohne Grund[10].

C. In anderer Weise.

§ 214.

Außer durch Bestellung des Eigenthümers und durch Ersitzung können Dienstbarkeiten noch durch richterliche Verfügung und unmittelbar durch das Gesetz begründet werden.

Der Richter kann durch seinen Spruch Dienstbarkeiten begründen im Theilungsproceß[1], und das richterliche Urtheil, welches die Verpflichtung zur Bestellung einer Dienstbarkeit auferlegt, ersetzt die Bestellungserklärung[2].

Unmittelbar durch das Gesetz entsteht in gewissen Fällen der Nießbrauch; diese Fälle gehören dem Familienrechte an, und werden in der Darstellung desselben näher erörtert werden[3].

V. Aufhebung der Dienstbarkeiten*.

§ 215.

1. Wie alle dinglichen Rechte werden die Dienstbarkeiten dadurch aufgehoben, daß die Sache, an welcher sie stattfinden, untergeht, oder dem Verkehr entzogen, oder von dem Fiscus oder dem Regenten oder seiner Gemahlin veräußert wird, Dienstbarkeiten

---

Citirten. Dagegen Unterholzner § 204, Muther § 11. 12, Elvers S. 749. Seuff. Arch. V. 101. 144, VIII. 131, XIII. 131, XIV. 274, XVIII. 212, XXVI. 225, XXVIII. 17, XXXII. 8, XXXV. 6. Entscheid. des RG. VI S. 202 (= Seuff. Arch. XXXVIII. 11).

[10] Man hat ausnehmen wollen: 1) die nicht ständigen, darüber s. Note 3; 2) die persönlichen (Zimmern a. a. O. S. 111 fg.); 3) die negativen (Bessel S. 410 fg.). Für 2 und 3 spricht nichts, dawider l. 12 i. f. C. de praescr. l. t. 7. 33. Vgl. Unterholzner § 207, Vangerow a. a. O. Nr. 4 auch Brinz 1. Aufl. S. 276. Seuff. Arch. XXXV. 7.

[1] L. 6 § 1 D. de usufr. 7. 1, l. 16 § 1. 2 l. 22 § 3 D. de fam. erc. 10. 2, l. 18 D. comm. div. 10. 3. § 214.

[2] CPO. § 779. Vgl. § 173 Note 5.

[3] S. II § 510 Note 8. § 511 Ziff. 1. 2, und vgl. II § 517.

* Dig. 7. 4 quibus modis usufructus vel usus amittitur. 8. 6 quemadmodum servitutes amittuntur. — v. Buchholtz Versuche Nr. 17, Elvers § 70—75. Glück IX S. 313 fg. X S. 260 fg. Sintenis I § 66, Dernburg I § 254.

an wilden Thieren dadurch, daß dieselben ihre natürliche Freiheit wiedererlangen[1]. Die persönlichen Dienstbarkeiten werden nicht nur durch den Untergang, sondern schon durch eine wesentliche Umgestaltung der ihnen unterworfenen Sache aufgehoben[2].

2. Grunddienstbarkeiten gehen unter mit dem Grundstück, an welches sie angeknüpft sind[3], persönliche Dienstbarkeiten gehen unter durch den Tod des Berechtigten[4]. Stehen die persönlichen Dienstbarkeiten einer juristischen Person zu, so hören sie nicht bloß durch deren Aufhebung auf[5], sondern auch durch den Ab-

215. [1] S. § 165 Note 3—6 und vgl. Note 7 das. Dagegen gehen die Dienstbarkeiten nicht dadurch unter, daß die dienende Sache aufhört, im Eigenthum zu stehen, wie Böcking § 159 Note 7. § 160 Note 18. 19 behauptet. Der Grund dieser Behauptung, welche mit Ulp. I. 19, l. 1 C. comm. de manum. 7. 15 in Widerspruch steht, ist die § 200 Note 3 a. E. bezeichnete Auffassung. Vgl. Elvers S. 29. 30.

[2] „Nicht etwa nach einer besonderen Natur der Personalservitut, sondern nach der Absicht ihrer Constituirung", Brinz 1. Aufl. S. 278. So hört der Nießbrauch an einem Hause mit dessen Zerstörung auf, und dauert nicht etwa an dem leeren Platze fort; der Nießbrauch an einem Gewässer dauert nicht nach dessen Austrocknung an dem Grund und Boden fort ꝛc. L. 5 § 2 l. 10 § 5 l. 12 l. 23. 30. 31 D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 36 pr. D. de usufr. 7. 1, l. 20 § 2 D. de S. P. U. 8. 2. S. aber auch Dernburg § 254 Note 3.

[3] Vgl. l. 20 § 2 D. de S. P. U. 8. 2, l. 3 D. quemadm. serv. 8. 6. Untergang des Gebäudes bei der Gebäudedienstbarkeit? Vgl. einerseits Jhering Geist des röm. R. II § 33 Note 358 (357), andererseits Schirmer Zeitschr. f. RGesch. XII S. 162 fg. — Gehen die Grunddienstbarkeiten auch dadurch unter, daß das herrschende Grundstück von seinem Eigenthümer derelinquirt wird? Ich glaube nicht, sie bestehen einstweilen als subjectlose fort. Der Wille des Derelinquirenden war auf Aufgeben seines Eigenthums gerichtet, aber nicht auf Aufgeben der Dienstbarkeit. Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 444—446: es dauert fort die passive Seite des Rechts (§ 65 Note 9). A. M. Elvers S. 98, welcher sofortigen Untergang der Dienstbarkeit annimmt und Böcking § 161 Note 12, nach welchem die Dienstbarkeit jetzt durch Aneignung der Freiheit von Seiten des Eigenthümers des dienenden Grundstücks untergehen kann, ebenso Bekker Jahrb. f. Dogm. XII S. 44—45. — Dereliction durch den Miteigenthümer: Steinlechner die juris communio II S. 230 fg.

[4] S. § 202 Note 4. In gleicher Weise wie der Tod wirkte nach römischem Rechte die capitis diminutio, nach Justinianischem jedoch mit Ausnahme der minima, § 3 I. de usufr. 2. 4, l. 16 § 2 C. eod. 3. 33. Vgl. § 55 Note 8.

[5] L. 21 D. quib. mod. usufr. 7. 4.

lauf von hundert Jahren[6]. Wird jedoch bei der persönlichen Dienstbarkeit Uebergang auf die Erben des Berechtigten ausdrücklich festgesetzt, so ist dieß nicht ungültig[7], und daher kann

[6] L. 56 D. de usufr. 7. 1. „An ususfructus nomine actio municipibus dari debeat, quaesitum est. Periculum enim esse videbatur, ne perpetuus fieret, quia neque morte, nec facile capitis diminutione periturus est: qua ratione proprietas inutilis esset futura, semper abscedente usufructu. Sed tamen placuit, dandam esse actionem. Unde sequens dubitatio est, quousque tuendi essent in eo usufructu municipes? Et placuit, centum annos tuendos esse municipes; quia is finis vitae longaevi hominis est". L. 8 D. de usu et usufr. 33. 2, l. 12 D. de serv. 8. 1. Der ruhenden Erbschaft sind die persönlichen Dienstbarkeiten gar nicht zugänglich gemacht worden, l. 61 § 1 D. de A. R. D. 41. 1, l. 26 D. de stip. serv. 45. 3, l. 1 § 2 D. quando dies usufr. 7. 3, l. 16 § 2 D. quando dies 36. 2.

[7] L. 38 § 12 D. de V. O. 45. 1. „Sed si quis uti frui licere sibi heredique suo stipulatus sit, videamus, an heres ex stipulatu agere possit? Et putem posse, licet diversi sint fructus, nam et si ire agere stipuletur sibi heredique suo licere, idem probaverimus". (Vgl. l. 65 D. de V. S. 50. 16. „Heredis appellatio non solum ad proximum heredem, sed et ad ulteriores refertur; nam et heredis heres et deinceps heredis appellatione continetur".) L. 5 pr. D. quib. mod. usufr. 7. 4. „Repeti potest legatus usufructus amissus qualicunque ratione, dummodo non morte; nisi forte heredibus legaverit". Eine hierher gehörige Entscheidung steht in l. 14 C. de usufr. 3. 33; in dieser Stelle bestimmt Justinian, daß, wenn Jemand bei Vermachung einer Sache seinen Erben den Nießbrauch vorbehalte, dieß im Zweifel nicht dahin zu verstehen sei, daß auch die Erben des Erben den Nießbrauch haben sollen. Diese Entscheidung erklärt sich leicht aus der Betrachtung, daß nicht anzunehmen ist, der Erblasser habe sein Vermächtniß auf ein Minimum herabsetzen wollen. Vgl. auch l. 19 § 4 D. comm. div. 10. 3; andererseits l. 38 § 10. 11 D. de V. O. 45. 1. — Der aufgestellte Satz wird in den Lehrbüchern weniger hervorgehoben, als er verdient. In der That enthält derselbe einen schweren Eingriff in das Princip der Dienstbarkeitslehre, ja die Grundlage derselben ist mit ihm verlassen (vgl. § 201 zu Note 7). Das ist deßwegen nicht weniger wahr, weil die römische Jurisprudenz die Dienstbarkeit in der Person der Erben jedesmal neu entstehen ließ (s. die oben citirten Pandektenstellen); darin lag nur eine formale Versöhnung mit dem aufgegebenen Princip. Uebrigens war der Schritt, welchen die römische Jurisprudenz mit der Anerkennung jenes Satzes that, ein nothwendiger geworden, seit das Recht des Emphyteuta und des Superficiars als dingliches Recht ausgebildet war; es hatte keinen Sinn mehr, die Einräumung dieser Rechte zu gestatten, und die Einräumung eines erblichen Nießbrauchs zu verbieten. Uebereinstimmend Unger Jahrb. f. Dogm. X S. 59 Note 73, Dernburg I S. 581; a. M. Wächter Superficiar- oder Platzrecht S. 202 fg., und

auch eine juristische Person eine persönliche Dienstbarkeit auf einen längeren Zeitraum als den bezeichneten erlangen[8].

3. Die Dienstbarkeiten gehen dadurch unter, daß Eigenthum und Dienstbarkeitsberechtigung in derselben Hand zusammenkommen[9], und leben auch dadurch nicht auf, daß hinterher wieder eine Trennung beider eintritt[10].

Pfersche Grünhut's Zeitschr. VIII S. 526 fg. Diese letzteren Schriftsteller halten, mit einseitiger Betonung der l. 14 C. de usufr. cit., die Erstreckung des Nießbrauchs nur auf den nächsten Erben für zulässig, Pfersche überdieß mit Beschränkung auf den Fall der deductio. L. 38 § 12 cit. soll nach diesem Schriftsteller von einer Evictionsstipulation des Käufers der Sache zu verstehen sein!

[8] Das ist namentlich für Deutschland wichtig, wo vielfach Nützungs- und Gebrauchsrechte vorkommen, welche von einer juristischen Person oder von den sämmtlichen Mitgliedern einer Gemeinde oder sonstigen Genossenschaft in ihrer Mitgliedseigenschaft ohne alle Zeitbeschränkung in Anspruch genommen werden. Auch durch Verjährung kann eine solche zeitlich unbeschränkte Berechtigung begründet werden, wenn es nur unzweifelhaft ist, daß die Ausübung im Sinne zeitlicher Unbeschränktheit geschehen ist. Vgl. Mittermaier deutsch. Privatr. I § 166 Nr. I, Bluntschli deutsch. Privatr. § 86 Nr. 2. Seuff. Arch. VIII. 113, XV. 205, XVI. 176, XXI. 95, XXII. 9, XXVI. 4, XXIX. 12. 112, XXXVI. 108. Entscheid. des RG. IV S. 131, VII S. 167 (= Seuff. Arch. XXXVI. 108, XXXVII. 9). Vgl. auch IX. 125, XIV. 63. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1865 S. 252.

[9] L. 1 D. quemadm. serv. 8. 6. „Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit". § 3 I. de usufr. 2. 4: — „finitur ususfructus . . si fructuarius proprietatem rei adquisierit, quae res consolidatio appellatur". L. 3 § 2 l. 6 pr. D. de usufr. accr. 7. 2, l. 78 § 2 D. de I. D. 23. 3. Vgl. Bekker Zeitschr. für vergl. RW. II S. 44 fg. Kommt die Dienstbarkeit mit dem Miteigenthum zusammen, so erlischt sie theilweise, wenn sie theilbar ist, gar nicht, wenn sie untheilbar ist (§ 209 Note 18). Unterliegt die Dienstbarkeit einem fremden Recht, so dauert sie für dieses Recht fort, vgl. § 65 Note 6, § 205 Note 4, § 206 Note 10 a. E., § 248 Note 11. In gleicher Weise dauert, wenn bei der Grunddienstbarkeit das herrschende Grundstück einem fremden Recht unterliegt, die Dienstbarkeit für dieses Recht fort (vgl. Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 450 und damit oben § 65 Note 6). Einwirkung des Grundbuchrechts: Stobbe II § 97 zu Note 3, Bekker a. a. O. S. 30. Ueberhaupt: Friedmann die Wirkung der confusio nach r. R. (Greifsw. Inaug.-Diss. 1884) S. 2 fg.

[10] Jedoch kann eine Verpflichtung zur Wiederherstellung begründet sein, vgl. z. B. l. 18 D. de serv. 8. 1, l. 9 D. comm. praed. 8. 4, l. 116 § 4 D. de leg. I° 30, l. 31 § 3 D. de aed. ed. 21. 1, oder es kann die Dienstbarkeit durch richterliche Verfügung wiederhergestellt werden, l. 57 pr. D. de usufr. 7. 1. Vgl. übrigens auch l. 31 D. de S. P. R. 8. 3 (§ 65 Note 5) und l. 75 [73] § 1 D. ad SC. Treb. 36. 1 (III § 665 Note 4a).

4. Auch durch den Willen des Berechtigten können die Dienstbarkeiten aufgehoben werden. Dieser Wille kann unter Lebenden oder von Todeswegen erklärt werden; im ersten Fall muß, damit die Willenserklärung für den Berechtigten bindend sei, Annahme von der anderen Seite hinzukommen[11], welche außer durch den Eigenthümer der dienenden Sache auch durch den Emphyteuta und den Superficiar geschehen kann[12]. Bei Grunddienstbarkeiten ist übereinstimmende Willenserklärung sämmtlicher Eigenthümer sowohl des herrschenden als des dienenden Grundstücks erforderlich[13].

5. Ueber die Aufhebung der Dienstbarkeiten durch Eintritt der auflösenden Bedingung und Befristung s. § 212 Note 9.

---

[11] Im älteren Recht war Rückübertragung der Dienstbarkeit durch in iure cessio (bei Felddienstbarkeiten möglicherweise auch durch mancipatio) erforderlich, Gai. II. 30, Paul. sentent. III. 6 § 28. 32 (vgl. Scheurl Zeitschr. f. gesch. RW. XII S. 237—241). Aus dem in iure cedere ist im Justinianischen Rechte ein einfaches cedere oder concedere geworden, § 3 I. de usufr. 2. 4, l. 21 D. de S. P. U. 8. 2, l. 20 pr. D. de S. P. R. 8. 3, vgl. l. 17 i. f. D. comm. praed. 8. 4, l. 14 § 1 D. de serv. 8. 1. Allerdings ist in l. 48 pr. l. 64. 65 pr. D. de usufr. 7. 1 auch von einem einseitigen Aufgeben des Nießbrauchs („recedere ab usufructu", „derelinquere usumfructum") die Rede; aber als Wirkung dieses Aufgebens wird nicht die Beendigung des Rechts, sondern die Beendigung der Verpflichtung des Nießbrauchers bezeichnet; d. h. der Nießbraucher kann nicht gezwungen werden, seine Willenserklärung zurückzunehmen, aber ist dazu bis zur Annahme befugt. Ebensowenig liegt ein Beweis für die Möglichkeit der Aufhebung der Dienstbarkeit durch einseitige Willenserklärung in l. 8 pr. D. quemadm. serv. 8. 6 und l. 4 § 12 D. de doli exc. 44. 4; diese Stellen erkennen allerdings einen stillschweigenden Verzicht auf die Dienstbarkeit an, aber die Thatsache, in welcher sie denselben ausgedrückt finden, ist eine von der Gegenseite acceptirte Gestattung des Berechtigten. So auch Fritz Erläuterungen I S. 385—392, Elvers S. 766—769, Sintenis I § 66 Anm. 12, Arndts § 193 Anm. 2, Brinz 2. Aufl. I S. 795, Seuff. Arch. XXXIII. 202; dagegen Bacher Jahrb. f. Dogm. V S. 243—253 (vgl. Arndts a. a. O. seit der 5. Aufl.), Schönemann S. 164 fg., Bremer das Pfandrecht und das Pfandobject (1867) S. 142 fg., Dernburg § 254 Note 13.

[12] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt; es folgt aber aus der Befugniß dieser Personen, die Sachen mit Dienstbarkeiten zu beschweren. Vgl. § 212 Note 7.

[13] Das Erste sagt l. 34 pr. D. de S. P. R. 8. 3, das Zweite folgt daraus, daß ein Miteigenthümer allein dem Grundstück auch keine Dienstbarkeit erwerben kann (§ 209 Note 17).

§ 216.

6. Endlich können die Dienstbarkeiten auch durch Verjährung aufgehoben werden[1]. Hierfür gelten folgende Regeln. a) Persönliche Dienstbarkeiten und solche Grunddienstbarkeiten, welche zu einzelnen sich wiederholenden Handlungen berechtigen, werden durch Nichtausübung während der Verjährungszeit aufgehoben; dagegen ist bei denjenigen Grunddienstbarkeiten, welche ein Recht auf einen dauernden Zustand der herrschenden oder der dienenden Sache geben, Ersitzung der Freiheit erforderlich[2]. b) Nicht-

§ 216. [1] S. außer den bei § 215 Genannten: Unterholzner Verjährungslehre II § 217—234. Wirth die libertatis usucapio (1854). Vangerow I § 375 Anm.

[2] Für die persönlichen Dienstbarkeiten: § 3 I. de usufr. 2. 4, l. 25 D. quib. mod. usufr. 7. 4; für die Grunddienstbarkeiten: l. 6 (vgl. l. 2) D. de S. P. U. 8. 2. Der Wortlaut dieser letzteren Stelle entspricht übrigens der im Text aufgestellten Unterscheidung nicht; die Stelle bezeichnet vielmehr als diejenigen Grunddienstbarkeiten, bei welchen usucapio libertatis erforderlich sei, die servitutes praediorum urbanorum. Im Einzelnen wird die libertatis usucapio erwähnt bei der serv. non altius tollendi, der serv. ne luminibus officiatur, der serv. tigni immittendi, l. 6. 32 pr. D. de S. P. U. 8. 2, l. 17 D. comm. praed. 8. 4, l. 18 § 2 D. quemadm. serv. 8. 6, l. 4 § 28 [29] D. de usurp. 41. 3. Wenn jedoch oben (§ 210 Note 2) ausgeführt worden ist, daß der Sinn der Ausdrücke servitutes praediorum rusticorum, urbanorum mit Rücksicht auf den einzelnen Fall, wo an dieselben eine rechtliche Unterscheidung angeknüpft wird, bestimmt werden muß, so kann nicht wohl bezweifelt werden, daß wenigstens hier mit diesen Ausdrücken nicht Dienstbarkeiten bezeichnet werden sollen, welche einem Feld- bez. Gebäudegrundstücke zustehen, sondern Dienstbarkeiten, wie sie bei einem Feld- bez. Gebäudegrundstück vorzukommen pflegen. Es ist in der That kein Grund einzusehen, warum für den Verlust z. B. einer Wegegerechtigkeit durch Nichtausübung etwas Anderes gelten sollte, je nachdem ein Feld- oder ein Gebäudegrundstück das herrschende Grundstück ist (vgl. Seuff. Arch. X. 19, XXX. 7). Fragt man aber weiter, warum die Dienstbarkeiten, welche regelmäßig bei Gebäudegrundstücken vorkommen, in Betreff der Erlöschung durch Nichtgebrauch anders behandelt werden, als die regelmäßig bei Feldgrundstücken vorkommenden, so wird man von selbst auf die im Texte bezeichnete Unterscheidung geführt, durch welche denn auch die Entscheidung für den Fall gegeben ist, wo es zweifelhaft erscheinen sollte, ob eine gegebene Dienstbarkeit eher Gebäude- oder eher Felddienstbarkeit sei. Im Wesentlichen ist das hier Vorgetragene auch die herrschende Meinung, vgl. Unterholzner § 217, Vangerow I § 339 Anm. Nr. II. 2 a. E., Sintenis I S. 602, Puchta Vorl. I S. 408, Arndts § 194 a. E., Wächter II S. 244 fg. (vgl. § 210 Note 2 g. E.), Wirth die libertatis usucapio S. 51 fg., R. Cohnfeldt die

ausübung der Dienstbarkeit ist Nichtgeltendmachung des Willensinhalts, zu welchem die Dienstbarkeit berechtigt[2a]; jedoch schadet diese Nichtgeltendmachung so lange nicht, als der Berechtigte sich im Genuß des von der Dienstbarkeit geforderten factischen Zustandes befindet[3]. Darauf, von wem die Ausübung geschehen ist, kommt es nicht an, wenn nur gerade dieses bestimmte Recht aus-

irregulären Servituten S. 83—87, Kindervater Jahrb. d. gem. R. VI S. 139—140. Doch fehlt es auch nicht an abweichenden Ansichten, worunter namentlich die von Zachariae v. Lingenthal (über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae S. 70 fg.) aufgestellte, von Elvers § 40 gebilligte, zu erwähnen ist, daß die libertatis usucapio bei allen Dienstbarkeiten außer den Wegegerechtigkeiten und der Wasserleitungs- und Wasserschöpfgerechtigkeit erforderlich sei. Vgl. über sonstige abweichende Ansichten Unterholzner § 218. Seuff. Arch. XXVII. 9, XXIX. 113. 222. XXXII. 210. — Eine andere Frage ist es, ob nicht Justinian das frühere Recht abgeändert habe. Es wird nämlich behauptet: 1) auf Grund von l. 16 § 1 C. de usufr. 3. 33, daß Justinian das Erforderniß der Ersitzung der Freiheit auf den Nießbrauch ausgedehnt habe, 2) auf Grund von l. 13 C. de serv. 3. 34, daß er die Ersitzung der Freiheit bei allen Grunddienstbarkeiten für überflüssig erklärt habe. Die erste Meinung hat in der citirten Stelle eine nicht unscheinbare Stütze (— „sancimus . . nec ipsum usumfructum non utendo cadere . . . . nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae, etiam si dominium vindicabat, poterat eum absentem vel praesentem excludere"). Doch erscheint es gerathener, bei der gegenwärtig herrschenden Meinung (dafür auch Seuff. Arch. VI. 316) stehen zu bleiben, welche in den bezeichneten Worten nur eine Aenderung der Zeit der Verjährung angeordnet findet. Dafür spricht außer l. 13 C. de serv. 3. 34, wo Justinian selbst über den Inhalt der l. 16 Auskunft gibt, die Erwägung, daß Justinian nach seiner Art eine weiter gehende Aenderung des bestehenden Rechts kaum so kurz ausgedrückt haben würde, sowie die Aufnahme der von dem Untergang des Nießbrauchs durch bloßen Nichtgebrauch redenden Stellen in Institutionen und Pandekten (s. den Anfang der Note). Vgl. über diese Frage Unterholzner § 225, Vangerow a. a. O. Nr. 1, Elvers S. 780. 781. Weniger bezweifelbar, und daher auch von den meisten älteren und neueren Juristen anerkannt, ist es, daß auch durch die l. 13 C. cit. lediglich die Verjährungszeit hat abgeändert werden sollen. Vgl. Unterholzner § 224, Vangerow a. a. O. Nr. 3.

[2a] Man verwechsle nicht Nichtausübung und Nichtbesitz. Die Nichtausübung als solche hat noch nicht Verlust des Besitzes zur Folge; dazu gehört ein in contrarium actum. Vgl. § 163 Note 11—13. Auch Seuff. Arch. XIX S. 360.

[3] L. 12 (vgl. l. 19 pr.) D. quemadm. serv. 8. 6: — „si aqua per rivum sua sponte perfluxit, ius aquae ducendae retinetur".

geübt worden ist[4]. Daß der Berechtigte an der Ausübung durch eine ihm nicht zur Last fallende Thatsache verhindert worden ist, schließt den Untergang der Dienstbarkeit nicht aus[5]. c) Zur Ersitzung der Freiheit ist nothwendig, daß die dienende Sache während der Verjährungszeit als freie besessen worden sei[6], d. h. näher: in einem der Dienstbarkeit widersprechenden[7], durch menschliche That hervorgerufenen[8] Zustand. Dabei darf die Handlung, durch welche der der Dienstbarkeit widersprechende Zustand hervorgerufen worden ist, weder gegen den Willen des Berechtigten noch hinter seinem Rücken noch vergünstigungsweise[9], und muß

---

[4] Der Nießbrauch wird nicht verloren, wenn er im Namen des Berechtigten, obgleich nicht in Folge Auftrags desselben, ausgeübt worden ist, die Grunddienstbarkeit nicht, wenn sie als eine diesem Grundstück zustehende, obgleich durch einen unredlichen Besitzer, ausgeübt worden ist. L. 12 § 2 l. 38 D. de usufr. 7. 1, l. 29 pr. § 1 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 5. 6 pr. l. 16. 20—24 D. quemadm. serv. 8. 6. — Theilweise Ausübung: l. 20 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 9 § 1 D. si serv. 8. 5, l. 2 D. quemadm. serv. 8. 6 (vgl. Seuff. Arch. X. 233), l. 8 § 1 l. 9 l. 17 eod. Unrichtige Ausübung: l. 10. 11 pr. l. 18 pr. eod., l. 5 § 1 D. de aqua quot. 43. 20. Ausübung bei Mehrheit der dienenden Grundstücke: l. 18 pr. D. de S. P. R. 8. 3, l. 6 § 1 D. quemadm. serv. 8. 6 (dazu Elvers S. 848 fg.). — Liegt eine Ausübung des Nießbrauches schon in der Thatsache, daß man für Ueberlassung desselben von einem Andern etwas empfängt? Darüber widersprechende Entscheidungen in l. 38—40 D. de usufr. 7. 1, l. 29 pr. § 1 D. quib. mod. ususfr. 7. 4.

[5] Vorbehaltlich jedoch des Anspruchs auf Wiedereinsetzung. L. 14 pr. l. 19 § 1 D. quemadm. serv. 8. 6, l. 34 § 1 l. 35 D. de S. P. R. 8. 3, l. 23 § 2 D. ex quib. caus. mai. 4. 6, l. 4 § 26 [27] D. de usurp. 41. 3. Seuff. Arch. VIII. 349 Note 5.

[6] L. 32 § 1 D. de S. P. U. 8. 2.

[7] Der servitus non altius tollendi gegenüber ist erforderlich, daß höher gebaut, der servitus tigni immittendi gegenüber, daß das Loch, in welchem der Balken gelegen, verstopft worden sei, l. 6 D. de S. P. U. 8. 2, l. 18 § 2 D. quemadm. serv. 8. 6. Vgl. Zachariae v. Lingenthal über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae S. 59. 60, Rudorff krit. Jahrb. d. deutsch. RW. 1844 S. 327, Kindervater Jahrb. d. gem. R. VI S. 137 fg., Kohler pfandrechtl. Forschungen S. 273 fg.

[8] L. 7 D. de S. P. U. 8. 2.

[9] Das Letztere sagen ausdrücklich l. 32 pr. D. de S. P. U. 8. 2, l. 17 D. comm. praed. 8. 4; daraus und aus der Analogie der Dienstbarkeitsersitzung muß auf das Andere geschlossen werden. Unterholzner II S. 219; a. M. Wirth S. 59—62, Elvers S. 777 Note 9, Brinz 2. Aufl. I S. 796.

in gutem Glauben vorgenommen worden sein[10]. d) Die Verjährungszeit beträgt, ohne Unterschied zwischen Nichtausübung und Freiheit der Ersitzung, so wie ohne Unterschied zwischen Dienstbarkeiten an beweglichen und Dienstbarkeiten an unbeweglichen Sachen, zehn Jahre unter Anwesenden und zwanzig Jahre unter Abwesenden[11]. e) Durch die Erhebung des Processes wird auch diese Verjährung unterbrochen[12]. f) Die Ausnahmen von der ordentlichen Eigenthumsersitzung müssen auch hier zur Anwendung

---

[10] Die Vorschrift des canonischen Rechts (c. 20 X. de praescr. 2. 26) gilt auch für diesen Fall. So auch Unterholzner S. 220, Vangerow a. a. O. g. E. (S. 788); a. M. Brinz S. 279 (2. Aufl. I S. 796). Die Erkenntnisse bei Seuff. Arch. VI. 316, VIII. 349 Nr. 3, X. 20, XXI. 24, welche das Erforderniß des guten Glaubens leugnen, sprechen nur von dem non usus.

[11] Im älteren Recht betrug die Verjährungszeit bei Dienstbarkeiten an beweglichen Sachen ein Jahr, bei Dienstbarkeiten an unbeweglichen Sachen zwei Jahre, Paul. sentent. I. 17 § 1. 2. III. 6 § 30, l. 13 C. de serv. 3. 34. Die Aenderung hat Justinian getroffen, l. 16 § 1 C. de usufr. 3. 33, l. 13 C. de serv. 3. 34. Abgelaufen ist die Verjährungszeit, wo es auf Nichtgebrauch ankommt, mit der Beendigung, wo auf Freiheitsersitzung, mit dem Anbruch des letzten Tages (nach Analogie des für die Eigenthumsersitzung Geltenden, § 180 Note 5). Bei der Ersitzung der Freiheit findet Zusammenrechnung verschiedener Besitzeszeiten nach den Grundsätzen der Eigenthumsersitzung (§ 181) statt; l. 32 § 1 D. de S. P. U. 8. 2 spricht von einem Fall, wo der folgende Besitzer ohne Rechtsnachfolge eingetreten ist, oder ist zu einer Zeit geschrieben, wo die Zusammenrechnung bei der Sondernachfolge noch nicht anerkannt war. Unterholzner § 234, Wirth S. 55. 56. Bei der Verjährung durch bloße Nichtausübung versteht es sich von selbst, daß die Nichtausübung des früheren Berechtigten dem jetzigen Berechtigten angerechnet wird, vgl. l. 18 § 1 D. quemadm. serv. 8. 6. Ueber die Berechnung der Verjährungszeit in dem Falle, wenn die Dienstbarkeit nur zu bestimmten Zeiten ausgeübt werden darf, s. l. 7 D. quemadm. serv. 8. 6, l. ult. pr. C. de serv. 3. 34. Ist ein Nießbrauch „alternis annis" hinterlassen, so wird er durch Nichtgebrauch gar nicht verloren „quia plura sunt legata", l. 28 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 13 D. de usu et usufr. 33. 2. Vgl. III § 656 Note 4 und Unterholzner S. 221—224, Elvers S. 783—785.

[12] Nach classischem römischem Recht unterbrach auch hier, wie bei der Eigenthumsersitzung, die Erhebung des Processes die Verjährung nicht, aber das Urtheil nahm auf Ablauf derselben keine Rücksicht (l. 8 § 4 D. si serv. 8. 5). Für das Justinianische Recht muß auch hier l. 2 C. de ann. exc. 7. 40 als maßgebend erachtet werden (vgl. § 180 Note 7, § 213 Note 4).

gebracht werden[13]; dafür ist aber auch eine außerordentliche Verjährung, welche ihre Zeitfrist von der Anspruchsverjährung entlehnt, anzuerkennen[14]. g) Dem Untergang durch Nichtgebrauch ist ganz entzogen der Nießbrauch, zu welchem Jemand ein Jahr um das andere berechtigt ist[15], das Wohnungsrecht[16], und das Recht des Weges zu einem Grabmal[17].

VI. Der Dienstbarkeitsanspruch*.

§ 217.

Der dem Dienstbarkeitsrechte entsprechende Anspruch ist darauf gerichtet, daß Niemand sich mit dem Dienstbarkeitswillen (der in dem Dienstbarkeitsrechte anerkannten Willensordnung) in thatsächlichen Widerspruch setze. Gegen denjenigen, welcher dieß dennoch thut, geht der Dienstbarkeitsanspruch auf Wiederaufhebung der darin liegenden Rechtsverletzung; durch die Verweigerung seiner Befriedigung wird dieser Anspruch zur Dienstbarkeitsklage (§ 122)[1]. Die Wiederaufhebung der Rechtsverletzung besteht, so weit ein dauernder, der Dienstbarkeit widersprechender Zustand herbeigeführt worden ist, in der Herstellung des der Dienstbarkeit entsprechenden Zustandes[1a], jedenfalls in Ersatz des durch die

[13] Entweder auch hier, oder auch nicht bei dem Erwerbe der Dienstbarkeiten durch Ersitzung; wird der Schluß von dem totalen Recht auf das partielle in diesem letzteren Falle gemacht, so muß er auch in unserem gemacht werden. Vgl. überdieß l. 28 pr. D. de V. S. 50. 16, l. 10 pr. D. quemadm. serv. 8. 6, l. 5. 6 D. de fundo dotali 23. 5; aber auch l. 78 § 2 D. de I. D. 23. 3, l. 3 § 5 D. de reb. eor. 27. 9 (II § 441 Note 8).

[14] Vgl. überhaupt Unterholzner § 229; aber auch Elvers S. 774.

[15] S. Note 11 a. E.

[16] L. 10 pr. D. de usu 7. 8. Nach römischem Recht gehörten hierher auch die operae legatae. S. § 208 Note 8. 9.

[17] L. 4 D. quemadm. serv. 8. 6.

* Dig. 7. 6 si ususfructus petatur vel ad alium pertinere negetur. 8. 5 si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur. — Elvers § 76. 77. Glück IX S. 423 fg. X S. 230 fg. Sintenis I S. 594—595, Dernburg I § 255.

§ 217. [1] Actio confessoria, l. 2 pr. D. si serv. 8. 5 (§ 198 Note 8). Eine Verschiedenheit der actio (der formula), wie beim Eigenthum, wird hier durch die Verschiedenheit der Verletzung nicht begründet; die confessoria gilt bei totaler wie bei partieller Verletzung.

[1a] Nach den gleichen Grundsätzen wie bei der actio negatoria. S. § 198

Schuld des Verletzers angerichteten Schadens[2]; außerdem kann der Verletzte auch hier, wie bei der Verletzung des Eigenthums durch Eingriff, verlangen, daß ihm durch das Urtheil Sicherheit gegen künftige Verletzung gegeben werde[3]. Geltendmachen kann den Anspruch aus der Rechtsverletzung der Dienstbarkeitsberechtigte[4]; bei Grunddienstbarkeiten aber nicht bloß der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks[5], sondern auch der Emphyteuta und der Superficiar, der Pfandgläubiger und der Nießbraucher[6], so wie der redliche Erwerber[7]. Steht das herrschende Grundstück im Miteigenthum, so kann jeder Miteigenthümer den Anspruch ohne Zuziehung des andern verfolgen[8]. — Einen gleichen An-

Note 3. 4. — Actio confessoria als Präjudicialklage: Seuff. Arch. XXXII. 211 und Citate das.

[2] L. 4 § 2. 5 l. 6 § 6 l. 8 § 2 D. si serv. 8. 5, l. 5 C. de serv. 3. 34. V. § 198 Note 5. Besteht die Rechtsverletzung in der Vorenthaltung der Sache, zu deren Innehabung der Dienstbarkeitsberechtigte befugt ist, wie beim Nießbrauch, so treten die gleichen Grundsätze ein, wie bei dem Eigenthumsanspruch wegen Vorenthaltung (§ 193—197). Vgl. l. 5 § 3—5 (6) l. 6 D. si ususfr. 7. 6. Göppert die organischen Erzeugnisse S. 143 fg. Hartmann krit. VJSchr. XI S. 509.

[3] Nach römischem Recht durch Auferlegung einer Caution (l. 5 § 6 [7] D. si ususfr. 7. 6, l. 7 D. si serv. 8. 5), nach heutigem durch Strafdrohung. Vgl. § 198 Note 6.

[4] L. 5 pr. D. si ususfr. 7. 6.

[5] L. 2 § 1 l. 6 § 3 D. si serv. 8. 5.

[6] L. 16 D. de serv. 8. 1, l. 3 § 3 l. 9 D. de O. N. N. 39. 1, l. 1 § 9 D. de superf. 43. 18, l. 1 § 5 D. de remiss. 43. 25. Dem Nießbraucher gab die herrschend gewordene Meinung der römischen Juristen nicht utilis confessoria actio aus der Grunddienstbarkeit, sondern verwies ihn auf die vindicatio ususfructus, d. h. die directa confessoria actio aus dem Nießbrauch (l. 1 pr. l. 5 § 1 D. si ususfr. 7. 6, l. 1 § ult. D. de O. N. N. 39. 1), während Julian die entgegengesetzte Meinung vertheidigte (l. 1 § 4 D. de remiss. 43. 25, l. 2 D. de O. N. N. 39. 1). Das war eine Frage bloß nach der Einrichtung der formula; sachlich war es unbestritten, daß der Nießbraucher die Ansprüche aus den dem Nießbrauchsgrundstücke zustehenden Dienstbarkeiten verfolgen könne. Vgl. Jhering Abhandlungen S. 124—127. 140; übrigens auch Dernburg Pfandr. II S. 389—390. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte S. 181 fg. will den Pfandgläubiger nur im Falle des Faustpfandes zulassen, in nicht gerechtfertigter Pressung des von den citirten Stellen gebrauchten Ausdruckes pignus.

[7] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich bezeugt, folgt aber von selbst daraus, daß der redliche Besitzer sogar die Sache selbst verfolgen kann.

[8] Erfolgt jedoch eine Geldcondemnation, so wird ihm der Beklagte nur

spruch wie die wirklich begründete Dienstbarkeit gewährt der bloße redliche Erwerb derselben einem Jeden gegenüber, welcher nicht seinerseits Eigenthum an der Sache oder wenigstens redlichen Erwerb derselben darthun kann[9].

Sechstes Kapitel.

Emphyteusis und Superficies.

Einleitung.

§ 218.

Die Dienstbarkeiten sind Nützungsrechte an fremder Sache, denen gegenüber das Eigenthumsrecht, welches sie beschränken, das vorwiegende Recht ist (§ 200). Es gibt aber auch Nützungsrechte an fremder Sache, welche durch ihren Inhalt und ihre Dauer so hoch gesteigert sind, daß sie dem Eigenthumsrechte nur noch eine untergeordnete Bedeutung lassen. Solche Nützungsrechte hat sowohl das römische, wie das germanische Rechtsleben ausgebildet. Die römischen Bildungen dieser Art sind die Emphyteusis und die Superficies, jene auf fruchttragende Grundstücke, diese auf Ge-

---

nach Maßgabe seines Eigenthumsantheils condemnirt; dagegen gilt die Entscheidung über die Zuständigkeit selbst auch für die andern Miteigenthümer. L. 4 § 3 D. di serv. 8. 5. Vgl. § 132 Note 4–6.

[9] Mit andern Worten: die actio confessoria kann auch als Publiciana angestellt werden. In den Quellen ist das nicht ausdrücklich gesagt (l. 11 § 1 D. de Publ. 6. 3 spricht nicht von dem Fall der Bestellung durch den Nichteigenthümer, sondern von dem Fall der Bestellung in civilrechtlich nicht genügender Form, vgl. 212 Note 1 gegen das Ende); aber die Analogie des Eigenthums läßt sich nicht abweisen. Beruft sich der Beklagte nicht auf Eigenthum, sondern auf redlichen Besitz, so ist in der § 199 Ziff. 4 bezeichneten Weise zu unterscheiden. Es ist jedoch nicht unbestritten, ob auch die Bestellung durch den unredlichen Besitzer zur Publiciana confessoria berechtige. Vgl. Hasse Rhein. Mus. I S. 116 Note 55, Jhering Abhandlungen S. 143–145, H. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV S. 158–163, Arndts § 191 Anm., Huschke das Recht der Publician. Klage S. 40 fg., Seuff. Arch. XIV. 209. Ueber die Conception der formula vgl. Keller § 185 Note 2.

bäude berechnet[1]; aus dem germanischen Recht gehören hierher das Lehensverhältniß und die verschiedenen particularrechtlichen Gestaltungen des bäuerlichen Verhältnisses, bei welchen der Bauer auf der einen Seite nicht Eigenthum, und auf der andern Seite ein dingliches Recht hat[2]. Die heutige gemeinrechtliche Anwendbarkeit der römischen Grundsätze über Emphyteusis und Superficies darf nicht bezweifelt werden. Zwar braucht es nicht erst gesagt zu werden, daß die genannten römischen Bezeichnungen dem heutigen Volksleben fremd sind; aber wenn man auch davon absehen will, daß aus früherer Zeit in Deutschland noch Rechtsverhältnisse übrig sind, welche mit Anwendung der römischen Bezeichnungen, oder doch unter ausdrücklicher oder sonst unzweifelhafter Beziehung auf das römische Recht, begründet worden sind, und ferner davon, daß durch gelehrt gebildete Juristen oder unter Mitwirkung solcher eine derartige Begründung auch gegenwärtig noch vorkommen kann: so ist doch auch, wo heutzutage ohne Anwendung der römischen Bezeichnungen oder ohne ausdrückliche oder stillschweigende Verweisung auf das römische Recht Rechtsverhältnisse an fremder Sache begründet werden, welche nach der Absicht der Parteien eine unbeschränkte Nützungsbefugniß gewähren und zugleich eine immerwährende oder doch längere Dauer haben sollen, für die Anwendung der römischen Grundsätze ein breiter Raum gelassen. Vor Allem, wenn das Nützungsobject ein Gebäude ist; in diesem Falle ist die römische Theorie der Superficies unmittelbar maßgebend. Dieß ist auch unbestritten, da sich in Betreff von Gebäuden abweichende deutschrechtliche Bildungen dem römischen Rechtsinstitute nicht an die Seite gestellt haben. Aber auch wenn das Nützungsobject ein fruchttragendes Grundstück ist, muß zwar in erster Linie darauf gesehen werden, ob nicht die Parteien ein deutschrechtliches Rechtsverhältniß der Art haben begründen wollen, wie es bei ihnen particularrechtlich üblich ist, und wenn bei ihnen ein Rechtsinstitut dieser Art particularrechtlich besteht, ist im Zweifel allerdings anzunehmen, daß dieß ihr Wille sei: sobald aber für eine solche Auslegung des

[1] An beweglichen Sachen kennt Nützungsrechte der bezeichneten Art weder das römische noch das germanische Recht. § 218.

[2] Vgl. darüber die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Eichhorn § 245 fg., Gerber § 138 fg., Beseler § 183 fg., Stobbe III § 130 fg.

Verleihungswillens kein Raum ist, wird auch hier nichts Anderes übrig bleiben, als die römischen Grundsätze von der Emphyteusis zur Anwendung zu bringen[3].

Es liegt nahe, den Versuch zu machen, die römischen, dem Volksleben unverständlichen Bezeichnungen durch entsprechende deutsche wiederzugeben, wobei sich namentlich die Ausdrücke Erbpachtrecht, Erbzinsrecht darbieten. Da jedoch diese Ausdrücke bereits zur Bezeichnung ähnlicher deutschrechtlicher Verhältnisse in Beschlag genommen sind, so wird, wenn nicht Verwirrung in die Theorie gebracht werden soll, von diesem Versuche abgestanden werden müssen.

Ueber die Auffassung, welche Emphyteusis und Superficies zu einer Art von Eigenthum (dominium utile) macht, ist schon oben (§ 169a Note 9) gehandelt worden[4]; über die geschichtliche Entwickelung dieser Institute im römischen Recht findet sich das Nöthige in der Note[5] bemerkt.

---

[3] Vgl. über die verschiedenen Ansichten Puchta § 174 a. E. und Vorles. dazu, Sintenis I S. 537—538, Arndts § 195 Anm. 4, Wächter in der bei § 223 citirten Schrift S. 27 fg. (der zweiten Ausg.), Dernburg Note 2.

[4] Der Zweifel, ob diese Rechte nicht Mehr als Rechte an fremder Sache seien, liegt bei ihrer großen Umfassendheit sehr nahe. Schon Gajus (III. 145) mußte diesen Zweifel zurückweisen, und für die Emphyteusis hat Kaiser Zeno durch eigenes Gesetz (l. 1 C. de iure emphyt. 4. 66) ausdrücklich erklärt, daß sie zwar Mehr als Pachtrecht, aber weniger als Eigenthumsrecht sei, S. auch l. 1 § 1 D. si ager vect. 6. 3, l. 3 § 4 D. de reb. eor. 27. 9, l. 71 § 5. 6 D. de leg. I° 30, l. 86 § 4 D. eod., l. 19 pr. D. de damno inf. 39. 2, l. 2 D. de superfic. 43. 18, l. 49 D. de V. S. 50. 16, l. 10 D. fam. erc. 10. 2. Allerdings aber drängt sich bei diesen Rechten die Vorstellung, daß der Berechtigte die Sache habe, und nicht bloß ein Recht an der Sache, fortwährend ein; den prägnantesten Ausdruck hat diese Vorstellung in l. 1 pr. D. de cond. trit. 13. 3 gefunden, und nicht überall hat sie ihre Wirksamkeit auf die Gestaltung des Ausdrucks beschränkt. Vgl. außer den Schriftstellern, welche an dem im Texte bezeichneten Orte genannt sind, noch Thibaut civil. Abhandlungen Nr. 11, Arndts in Weiske's Rechtslexicon III S. 851. 852, Schmid Handb. (näher citirt beim folgenden §) II § 20 Note 8. § 25 Note 3, Vangerow I § 358 Anm. Ueber und gegen die Idee Büchel's (civilistische Erörterungen I. 3 S. 22—71. II S. 282—283, 2. Aufl. I S. 471), welcher das Wesen von Emphyteusis und Superficies darin sieht, daß sie Rechte auf Ausübung fremden Eigenthums seien (übereinstimmend, wenigstens in Betreff der Emphyteusis, Elvers Servitutenlehre § 34), s. Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III S. 245 fg.

I. Emphyteusis*.

A. Rechte und Pflichten des Emphyteuta.

§ 219.

Der Emphyteuta hat das Recht der vollständigen Nützung des fremden Grundstücks[1], ohne daß er an die dem Nießbraucher gezogenen Schranken (§ 203) gebunden wäre; nur verschlechtern

---

[5] Das Justinianische Recht der Emphyteusis hat eine doppelte Wurzel, eine weströmische und eine oströmische; die Bezeichnung Emphyteusis gehört der oströmischen Bildung an, während in dem weströmischen Theil des Reiches das entsprechende Recht ius in fundo vectigali genannt wurde. Justinian's Compilatoren haben aus dem doppelten Rechtsinstitute ein einiges gemacht (vgl. die Rubrik von Dig. VI. 3 „si ager vectigalis *i. e. emphyteuticarius* petatur", auch l. 15 § 1 D. qui satisd. 2. 8). Das Recht desjenigen, welchem ein ager vectigalis verliehen worden war, war ursprünglich kein dingliches Recht, sondern nur ein Pachtrecht; dem Pächter gewährte aber der Prätor (vgl. Arndts im Rechtslex. III S. 852 Note 27, derſ. Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III S. 280—282) mit Rücksicht auf die immerwährende oder lange Dauer der Pacht eine actio in rem (l. 1—3 D. tit. cit.), und aus dieser actio in rem hat dann die Jurisprudenz die Dinglichkeit des Rechts entwickelt (l. 71 § 5. 6. D. de leg. I° 30). In gleicher Weise war die Superficies ursprünglich nur obligatorisches Recht, und ist zum dinglichen Recht ebenfalls auf Grund der vom Prätor verliehenen actio in rem geworden (l. 1 pr. § 1. 3 D. de superfic. 43. 18, l. 73 § 1 — l. 75 D. de R. V. 6. 1, l. 19 pr. D. de damno inf. 39. 2, l. 86 § 4 D. de leg. I° 30). Vgl. Schmid (von Ilmenau) Jahrb. des gem. R. III S. 249 Note 6, A. Vuy citirt beim folgenden §, Arndts in Weiske's Rechtslex. III S. 849—851, Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XI S. 219 fg., Pernice Parerga II S. 84 fg.

* Dig. 6. 3 si ager vectigalis i. e. emphyteuticarius petatur. Cod. 4. 66 de iure emphyteutico. — Gesterding ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum und solchen Rechten, die ihm nahe kommen S. 406—443 (1817). A. Vuy de orginibus et natura iuris emphyteutici Romanorum (1838). Arndts in Weiske's Rechtslex. III S. 849—884 (1844). Schmid Handbuch des gegenwärtig geltenden gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts II S. 1—57 (1848). Dankwardt Jahrb. f. Dogm. XIV S. 322 fg. (1875. Dieser Aufsatz beruht auf der willkürlichen und unbewiesenen Annahme, daß sich die Emphyteuse aus dem Precarium entwickelt habe, und auf der besonderen Auffassung, welche der Verf. vom Wesen des Precarium hat [II § 376 Note 2]). Glück VIII S. 378—556, Sintenis I § 55, Dernburg I § 260.

[1] Es ist oben bemerkt worden, daß das Institut der Emphyteusis auf § 219.
fruchttragende Grundstücke berechnet sei; daß es bei Gebäuden unmöglich sei,

darf er das Grundstück nicht[2]. Die Früchte erwirbt er, wie der Eigenthümer, durch die bloße Trennung von der Hauptsache[3]. Er überträgt sein Recht auf seine Erben[4], und kann es von Todes wegen wie unter Lebenden veräußern[5]; ebenso kann er es verpfänden[6]. Er kann das seinem Recht unterworfene Grundstück mit Dienstbarkeiten beschweren[7], natürlich nur für die Dauer seines Rechts[8]. Gegen Jeden, welcher ihm das Grundstück vor-

---

darf nicht behauptet werden. Nov. 7 c. 3 § 2, Nov. 120 c. 1 § 2, l. 15 § 26 D. de damno inf. 39. 2. v. Buchholtz Abhandl. S. 306—309, Arndts S. 853. 854, Schmid § 20 Note 11.

[2] Nov. 7 c. 3 § 2, Nov. 120 c. 8.

[3] L. 25 § 1 de usur. 22. 1. Vgl. Schmid S. 55—56, Göppert die organischen Erzeugnisse S. 313 fg. — Auf den Schatz hat der Emphyteuta keinen Anspruch; doch ist dieß bestritten. Vgl. Schmid § 22 Note 31, Arndts S. 855.

[4] § 3 I. de loc. 3. 24, l. 1 pr. D. h. t. Die für kirchliche Emphyteusen in Nov. 7 c. 3 pr. vorgeschriebene Beschränkung der Erblichkeit ist später wieder weggefallen, Nov. 120 c. 1 § 2. c. 6 § 1, c. 7 X. de reb. eccl. alien. 3. 13. Schmid § 22 Note 5, Arndts S. 855 Note 42.

[5] § 3 I. cit., l. 71 § 5. 6 l. 39 § 5 D. de leg. I° 30, l. 3 C. h. t. Bei der Umfassendheit des Rechts liegt es nahe, als Gegenstand der Veräußerung, wie beim Eigenthum, die Sache selbst zu bezeichnen, und das thun die drei ersten der citirten Stellen (vgl. auch l. 66 pr. D. de evict. 21. 2) in der That; aber deßwegen ist es in der Wirklichkeit nicht weniger ein Recht an fremder Sache, welches veräußert wird. L. 71 § 6 cit. „Sed et si non municipibus, sed alii fundum vectigalem legaverit, non videri proprietatem rei legatam, sed id ius, quod in vectigalibus fundis habemus". Vgl. auch l. 29 pr. D. quib. mod. usufr. 7. 4, wo es selbst vom Nießbraucher das eine Mal heißt, daß er „usumfructum", das andere Mal, daß er „fundum" vermiethe.

[6] L. 16 § 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 31 D. de pign. 20. 1. Diese Stellen bezeichnen ebenfalls als Gegenstand der Verpfändung nicht das Recht, sondern die Sache. Vgl. § 227 Note 3.

[7] L. 1 pr. D. quib. mod. usufr. 7. 4. Vgl. Thibaut Versuche II S. 303—310, v. Buchholtz Versuche S. 199—200, Schmid § 22 Note 11.

[8] Nur in dem Falle überdauern sie sein Recht, wo dasselbe durch Zusammentreffen mit dem Eigenthumsrechte erlischt. In diesem Falle dauert auch das an der Emphyteuse bestellte Pfandrecht fort. Vgl. § 205 Note 4 a. E., § 206 Note 10 a. E., und über die verschiedenen Ansichten Arndts S. 856, Fritz Arch. f. civ. Pr. VIII S. 296 fg. und Erläuterungen I S. 270 fg., Schmid § 22 Note 13, Dernburg Pfandr. I S. 221, Scheurl krit. VJSchr. II S. 445 unt. 446, Bekker das. VI S. 482, Bürkel Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch S. 59. 60, F. P. Bremer das Pfandrecht und

enthält, hat er einen Anspruch auf Herausgabe desselben, und kann diesen Anspruch klagend verfolgen[9]; das Nähere für denselben bestimmt sich nach der Analogie des Eigenthumsanspruchs[10]. In gleicher Weise kann er eine dem Grundstück zustehende Dienstbarkeit, so wie die Freiheit des Grundstücks gegenüber einem Dienstbarkeitsanspruch, geltend machen und im Processe vertreten[11]. Gleiche Ansprüche, wie die wirklich begründete Emphyteusis, gewährt der redliche Erwerb derselben gegenüber einem Jeden, welcher nicht seinerseits Eigenthum an dem Grundstück oder wenigstens redlichen Erwerb desselben darthun kann[12].

§ 220.

Der Emphyteuta ist verpflichtet, das Grundstück in gutem Stande zu erhalten[1]. Er muß die Lasten der Sache tragen[2], und dem Eigenthümer der Sache eine jährliche Abgabe entrichten[3].

---

die Pfandobjecte (1867) S. 153, Exner Kritik des Pfandrechtsbegriffs (1873) S. 79.

[9] Er hat eine in rem actio, welche den besonderen Namen vectigalis actio führt. L. 1 § 1 D. h. t., l. 15 § 26 D. de damno inf. 39. 2, l. 66 pr. D. de evict. 21. 2. Vgl. Lenel Edictum perpetuum S. 146 fg.

[10] Die actio des Emphyteuta ist eine utilis rei petitio, l. 16 D. de serv. 8. 1.

[11] Er hat utilis confessoria actio (utilis servitutis petitio) und utilis negatoria actio. Für die confessoria sagt dieß ausdrücklich l. 16 D. de serv. 8. 1, für die negatoria folgt es aus der utilis rei petitio.

[12] Der Emphyteuta hat die Publiciana actio, l. 12 § 2 D. de Publ. 6. 2. Vgl. § 217 Note 9.

[1] Nov. 7 c. 3 § 2, Nov. 120 c. 8. — Compensation der Verbesserungen mit den Verschlechterungen: Thibaut Versuche II. 15 Nr. 2. — Kann der Emphyteuta für seine Verbesserungen von dem Eigenthümer Ersatz verlangen? Für gewisse Fälle des Verlustes der Emphyteuse zur Strafe ist die Frage gesetzlich verneint, l. 2 C. h. t., Nov. 7 c. 3 § 2, Nov. 120 c. 8. Sie ist aber überhaupt zu verneinen; der Emphyteuta hat seinen Ersatz darin, daß er seine Verbesserungen genießen oder (den Genuß derselben) veräußern kann (vgl. l. 3 C. h. t.). Doch ist dieser Punkt bestritten; vgl. Arndts S. 883, Schmid § 23 Note 1. — Vgl. noch Seuff. Arch. XXIV. 18. § 220.

[2] L. 2 C. h. t. Schmid § 23 Note 11.

[3] In den Quellen canon, pensio, vectigal, reditus genannt, § 3 I de loc. 3. 24, l. 1 pr. l. 2 D. h. t. — Die Obligation auf Entrichtung der jährlichen Abgabe ist einerseits mit dem emphyteutischen Recht und andererseits mit dem Eigenthum als solchem verbunden, und geht daher mit diesen

Die Höhe der Abgabe bestimmt sich durch die bei der Verleihung gemachte Festsetzung; regelmäßig steht sie zu dem Fruchtertrag des Grundstücks in keinem Verhältniß, da die Emphyteusis auf Verbesserung des Grundstücks durch den Empfänger berechnet ist[4]. So lange die Abgabe nicht entrichtet ist, braucht der Eigenthümer die Ausübung des emphyteutischen Rechts nicht zu gestatten[5].

Rechten auf jeden neuen Erwerber derselben über, ohne daß es erst eines neuen Vertrags mit dem neu Eintretenden bedürfte. Schmid S. 31. A. M. Unterholzner Schuldverhältnisse II S. 364, H. Muehler de iure emphyteutico transferendo § 7. 10—14 (1835), Wächter a. a. O. S. 88 fg. (der zwar unmittelbar bloß von der Superficies spricht, aber unzweifelhaft das Gleiche für die Emphyteusis behauptet haben will), Mathiaß die römische Grundsteuer und das Vectigalrecht S. 64. 65, und für das Recht vor Nov. 120 Brinz S. 287. 288 (2. Aufl. I S. 822). Dawider Pernice Labeo I S. 479 und namentlich Parerga S. 84 fg. 91 fg. Vgl. noch Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 557 fg., Kohler Pfandrechtl. Forschungen S. 210 fg. Näheres in Note 5.

[4] Die Emphyteusis stellt den Eigenthümer so außerordentlich ungünstig, drückt sein Eigenthumsrecht so sehr auf einen bloßen Namen hinunter, daß der Eigenthümer sich zu einer solchen Verleihung, abgesehen von ganz besonderen Fällen, nur dann entschließen wird, wenn es ihm an Arbeits- und Capitalkraft fehlt, um sein Grundstück in denjenigen Zustand zu versetzen, in welchem es einen Fruchtertrag zu gewähren im Stande ist. — Wie ist es, wenn bei der Verleihung festgesetzt werden sollte, daß gar keine Abgabe zu entrichten sei? Gewöhnlich nimmt man die Verpflichtung zur Entrichtung einer Abgabe in die Definition des Rechtsinstitutes auf, und Arndts (S. 884) erklärt die Abgabe ausdrücklich für wesentlich zum Dasein der Emphyteusis. Aber ich sehe nicht ein, warum eine solche Festsetzung ungültig, oder wegen ihrer das verliehene Recht, wenn nur die Absicht der Begründung einer Emphyteusis sonst feststeht, weniger unter den Grundsätzen von der Emphyteusis stehen sollte. Vgl. auch Wächter in der bei § 223 citirten Schrift S. 59 fg. (der zweiten Ausg.).

[5] Dieß geht hervor aus l. 16 § 2 l. 17 D. de pign. act. 13. 7, vgl. l. 15 D. qui pot. 20. 4, welche Stellen den Satz enthalten, daß der Eigenthümer wegen der rückständigen Abgaben dem Pfandgläubiger (demjenigen, dem die Emphyteusis verpfändet worden ist) vorgehe. Dieß erkärt sich nur entweder aus einem dem Eigenthümer zustehenden gesetzlichen und privilegirten Pfandrecht, von dem nichts bekannt ist, oder in der im Text bezeichneten Weise. S. auch l. 1 pr. D. h. t., Gai. III. 145. — Die in Note 3 citirten Schriftsteller sind der Ansicht, daß der Eigenthümer gegen den Sondernachfolger des Emphyteuta nur das im Text bezeichnete Recht habe. Wächter: die Erstreckung der Schuld auf den Sondernachfolger sei eine zu tief in die Principien des römischen Rechts einschneidende Anomalie, als daß sie ange-

Rückstände gehen auf den neuen Erwerber der Emphyteuse über[6]. Auf Erlaß wegen geschmälerten Fruchtertrages, wie der Pächter, hat der Emphyteuta keinen Anspruch[7]. — Will der Emphyteuta

nommen werden dürfte; überdieß ergebe sich aus dieser Erstreckung ein ius in re (Reallast) an eigener Sache. Aber das letztere Argument setzt doch eben voraus, daß die Reallast ein dingliches Recht sei, was sie meiner Ansicht nach nicht ist; und was das erste Argument angeht, so ist zuvörderst zu bemerken, daß auch das Pfandrecht mit obligatorischen Verpflichtungen verbunden ist, und der Uebergang dieser Verpflichtungen auf den Sondernachfolger in das Pfandrecht, soviel ich weiß, von Niemandem beanstandet wird. Daß diese Verpflichtungen nicht eine Geldabgabe, sondern ein gewisses Verhalten in Betreff der Pfandsache zum Gegenstand haben, kann keinen Unterschied machen. Zu erinnern ist auch an die servitus oneris ferendi (§ 211a Note 3) und, wenn auch nicht an die Trajanische Alimentenstiftung (wegen ihres öffentlichen Charakters), doch an Plin. Ep. VII. 18. — Frage: denkt sich vielleicht das römische Recht die Abgabe als eine Werthminderung des emphyteutischen Rechts? Vgl. O. Müller Beiträge zur system. Darstellung des K. Sächsischen Civilrechts I S. 7 fg.

[6] Ich stütze diesen Satz auf l. 39 § 5 D. de leg. I° 30. „Heres cogitur legati praedii solvere vectigal praeteritum, vel tributum, vel solarium, vel cloacarium, vel pro aquae forma", d. h. der Erbe muß die genannten Abgaben dem Vermächtnißnehmer, welcher seinerseits dem Gläubiger zu ihrer Entrichtung verpflichtet ist, ersetzen. Diese Auslegung ist nothwendig in Betreff der öffentlichen Abgaben (l. 7 pr. D. de publ. 39. 4, l. 36 D. de I. F. 49. 14, l. 5 § 2 D. de cens. 50. 15, l. 2 C. de ann. et trib. 10. 16), und muß daher auch gemacht werden in Betreff des von dem Superficiar zu entrichtenden solarium, deßwegen aber auch in Betreff des von dem Emphyteuta zu entrichtenden vectigal — wenn man nicht geradezu unter dem vectigal der Stelle auch das emphyteutische vectigal mit verstehen will. Dernburg Pfandr. I § 349 Note 1 versteht darunter nur das emphyteutische vectigal (vgl. auch Pernice a. a. O. S. 88), während Wächter a. a. O. S. 97 und nach ihm das Erk. des OAG. zu Rostock bei Budde Entscheidungen ꝛc. VII S. 101 fg. 3/5 69 (Seuff. Arch. XXVIII. 203) auch unter solarium nur eine öffentliche Abgabe verstanden wissen wollen, und sich danach gegen den im Text aufgestellten Satz erklären. Ein Beweis für diese Beschränkung des Sinnes des Ausdrucks solarium ist nicht beigebracht. Vgl. auch Pernice a. a. O. S. 90. (Wenn hingegen Wächter geltend macht, daß aus l. 39 § 5 cit. nicht hervorgehe, in welcher Weise der Rückstand gegen den neuen Erwerber geltend zu machen sei, so ist dem beizustimmen, und so habe ich zurückgenommen, was in der 3. Ausgabe gesagt war, daß die Stelle einen Beweis auch für das in der vorigen Note Gesagte liefere.) S. jetzt auch Dernburg I S. 627.

[7] L. 1 C. h. t. Manche sind anderer Meinung, namentlich wegen l. 15 § 4 i. f. D. loc. 19. 2, welche Stelle aber füglich auf die Pachtung von Ge-

veräußern, so muß er den Eigenthümer um seine Zustimmung angehen; dieser kann die Zustimmung zwar nicht willkürlich versagen, darf sich aber für die Ertheilung derselben eine Abgabe von 2 % des Kaufpreises bez. des Werthes der Emphyteusis entrichten lassen. Ertheilt der Eigenthümer seine Zustimmung, ohne Grund für die Versagung zu haben, binnen zwei Monaten nach gestelltem Gesuch nicht, so kann der Emphyteuta ohne Zustimmung des Eigenthümers veräußern. Für den Fall des Verkaufs steht dem Eigenthümer ein Vorkaufsrecht zu; er muß sich aber über die Ausübung dieses Rechts binnen zwei Monaten nach gemachter Anzeige erklären[8].

2. Begründung der Emphyteusis.

§ 221.

Der hauptsächlichste Grund der Entstehung der Emphyteusis ist Vertrag zwischen dem Eigenthümer und demjenigen, welcher die Emphyteusis erwerben soll. Bei kirchlichen Emphyteusen bedarf dieser Vertrag schriftlicher Abfassung[1], bei andern nur insofern, als durch den Vertrag etwas von den gesetzlichen Regeln Abweichendes festgesetzt wird[2]. Besitzübergabe ist zur Entstehung des emphyteutischen Rechts nicht erforderlich[3]. — Die Emphyteusis

---

fällen bezogen werden kann. Vgl. Arndts S. 862—864, Schmid S. 32—34. Vangerow § 359 Anm.

[8] Die hier angegebenen Verpflichtungen des Emphyteuta in Betreff der Veräußerung beruhen auf l. 3 C. h. t. Die Annahme des neuen Emphyteuta muß der Eigenthümer durch eine von ihm vollzogene Urkunde, oder gerichtlich zu Protokoll oder vor einem Notar erklären. Die für die Ertheilung des Consenses zu entrichtende Abgabe wird heutzutage Laudemium, Handlohn, Lehnwaare genannt; nach der Praxis fällt sie dem Erwerber zur Last. Ist die Frist von 2 Monaten für die Ausübung des Vorkaufsrechts eine andere, als die Frist von 2 Monaten für die Ertheilung des Consenses? Dem Wortlaut der Stelle nach allerdings. Vgl. über diese und andere Fragen Arndts S. 864—867, Schmid S. 18. 36—39.

§ 221. [1] Nov. 120 c. 6 § 2. Doch ist es nicht unbestritten, daß die schriftliche Abfassung Bedingung der Gültigkeit des Vertrags sei. Schmid § 21 Note 6.

[2] L. 1 C. h. t. Andere leugnen die Nothwendigkeit schriftlicher Abfassung für diesen Fall, während noch Andere sie für alle Fälle behaupten. Vgl. Arndts S. 870. 871, Schmid § 21 Note 5.

[3] Dieselbe wird in den Quellen nirgends verlangt; umgekehrt heißt es

kann aber nicht bloß durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, sondern auch durch Vermächtniß des Eigenthümers begründet werden[4]. Sie kann ferner durch richterlichen Spruch[5], und endlich auch durch Ersitzung begründet werden, mag an der Sache bisher eine Emphyteusis noch nicht bestanden haben, so daß der Eigenthümer es ist, welcher durch die Ersitzung verliert, oder mag die Sache bereits einer Emphyteusis unterworfen gewesen sein, so daß das Recht des bisherigen Emphyteuta es ist, welches durch die Ersitzung ausgeschlossen wird[6]. Zwar ist die Ersitzung der Emphy-

---

in l. 1 § 1 D. h. t.: „qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem . .“. Duroi Arch. f. civ. Pr. VI S. 397, Hasse Rhein. Mus. I S. 93, Arndts S. 869, Schmidt (von Ilmenau) Jahrb. d. gem. R. III S. 250—253, vgl. auch Wächter a. a. O. S. 61 fg. Doch hat auch die entgegengesetzte Ansicht viele Anhänger; s. Schmid S. 10 und die das. in Note 9 Genannten, Lenel Jahrb. f. Dogm. XIX S. 191, Dernburg § 260 Note 5. — In Deutschland kommt auch hier die Grundbuchfrage in Betracht.

[4] Ohne daß, wie Einige behaupten, ein besonderer Contract zwischen Erbe und Vermächtnißnehmer nöthig wäre. Arndts S. 871—872, Schmid § 21 Note 1. Vgl. Wächter a. a. O. S. 98 fg.

[5] Zwar ist es nicht wohl denkbar, daß der Richter im Theilungsproceß zur Begründung einer nicht bestehenden Emphyteusis Veranlassung haben könnte; aber man denke an den Fall einer rechtskräftigen Verurtheilung zur Bestellung einer Emphyteusis. S. § 173 Note 4 und 5, § 214 Note 2. Vgl. Wächter a. a. O. S. 104 fg.

[6] Man pflegt in dem zweiten dieser Fälle von Uebergang einer bestehenden Emphyteusis durch Ersitzung zu reden (so auch Arndts S. 877 [anders seit der 5. Aufl. der Pandekten § 198 Anm.], Puchta Pand. § 177. t). Das ist nicht zu billigen; der ganze Begriff der s. g. Translativverjährung (Unterholzner Verjährungslehre I § 2) ist unhaltbar. Die Verjährung überträgt nie das Recht, welches bis dahin der Eine gehabt hat, auf einen Andern, sondern sie erzeugt für den Erwerber ein neues, d. h. von dem Rechte irgendwelchen Vorgängers unabhängiges Recht. Schirmer die Grundidee der Usucapion S. 65, Wächter a. a. O. S. 107 fg. (vgl. dens. Württemb. Privatr. II S. 612 Anm. 4). Daher findet in den beiden im Text genannten Fällen ein juristischer Unterschied nicht Statt; in beiden wird eine Emphyteusis, welche bis dahin noch nicht bestanden hat, erzeugt. (Arndts in der oben genannten Stelle seiner Pandekten leugnet die juristische Unterschiedslosigkeit beider Fälle auch jetzt noch; bei der s. g. translativen Ersitzung sei der ursprüngliche Begründungsact für die Rechte und Pflichten des Emphyteuta maßgebend. Dagegen bemerkt Wächter a. a. O. S. 107 Note 11 mit Recht, daß für die

teusis in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt[7]; aber es ist nicht einzusehen, weßwegen sie im Sinne des römischen Rechts bei der Emphyteusis unzulässig sein sollte, wenn sie einerseits beim Eigenthum und andererseits bei den Dienstbarkeiten zulässig ist[8]. Im Besonderen muß die Analogie der Nießbrauchsersitzung entscheiden[8a].

Eine bestehende Emphyteusis kann übertragen werden durch die Willenserklärung des Emphyteuta, letztwillige oder vertrags-

---

Wirkung der Ersitzung nichts Anderes maßgebend sei, als das Verhältniß, wie es während der Ersitzungszeit bestanden hat.) Vgl. auch § 175 Note 4.

[7] Ja für den zweiten der genannten Fälle wird die Zulässigkeit der *usucapio* ausdrücklich geleugnet, l. 12 § 2 D. de Publ. 6. 2 (wo übrigens übereinstimmend mit dem in § 218 Note 4 Gesagten, als Gegenstand der usucapio nicht das ius in praedio vectigali, sondern das praedium vectigale selbst genannt wird), vgl. l. 15 § 26 D. de damno inf. 39. 2. Aber dadurch ist die Zulässigkeit der Ersitzung überhaupt ebensowenig ausgeschlossen, wie sie es bei den Dienstbarkeiten dadurch ist, daß die lex Scribonia die usucapio servitutium aufgehoben hat.

[8] Für die Ersitzung s. Arndts S. 872—874. 877—878, Schmid S. 11—14, H. Franke Arch. f. civ. Pr. XLIV S. 119 fg.; der Letztere hält für entscheidend die in der vorigen Note genannte l. 12 § 2 D. de Publ., indem er von der daselbst für das ius in agro vectigali gewährten Publiciana auf die Ersitzbarkeit desselben zurückschließt, und die usucapio, deren Zulässigkeit die Stelle leugnet, auf das Eigenthum bezieht. Ueber l. 14 C. de fundo patr. 11. 62 [61] s. Schmid a. a. O. Note 16, Francke a. a. O. S. 119. Die Frage ist übrigens sehr bestritten. Andere schließen entweder die Ersitzung ganz aus, oder wollen nur die außerordentliche zulassen, machen auch wohl einen Unterschied zwischen begründender und übertragender Ersitzung (Note 6). Vgl. Unterholzner Verjährungslehre II § 239. 240, Puchta § 177, Vangerow I § 360 Anm. Nr. 2, Sintenis I § 55 Anm. 27, und die Literaturübersicht bei Francke a. a. O. S. 116—118. — Kann eine Emphyteusis auch in der Weise durch Ersitzung begründet werden, daß das Eigenthum ohne die Emphyteusis ersessen wird? (Der Eigenthümer gerirt sich als Emphyteuta, und wird als solcher von dem Nichteigenthümer, welcher sich für den Eigenthümer hält, anerkannt.) Die Frage ist zu verneinen für den Fall, wo die Ausübung der Emphyteuse durch den Eigenthümer auf der Einräumung des Nichteigenthümers beruht, weil hier der Nichteigenthümer den Besitz verliert. S. § 156 Note 5, und außer den daselbst Citirten Schmid S. 15. 16.

[8a] Nicht die Analogie der Eigenthumsersitzung. Wenn man die Emphyteusis als Recht an fremder Sache anerkennt, so muß man sie auch als solches behandeln, wo die Quellen nicht ausdrücklich das Gegentheil bestimmen (vgl. Note 11). Unter den Dienstbarkeiten aber steht der Nießbrauch der Emphyteusis am nächsten. Vgl. Wächter a. a. O.; a. M. Schmid und Francke a. a. OO.

mäßige[9], sowie durch Verfügung des Richters[10]. Bei Uebertragung durch Willenserklärung unter Lebenden wird nach Analogie des für den Eigenthumserwerb Geltenden Besitzübergabe verlangt[11].

3. Beendigung der Emphyteusis.

§ 222.

Abgesehen von den in § 165 genannten allgemeinen Beendigungsgründen der dinglichen Rechte, durch welche mit der Emphyteusis auch das Eigenthum beendigt wird, und abgesehen von dem Zusammenkommen von Eigenthum und Emphyteusis in derselben Hand, wodurch die Emphyteusis kraft ihres Wesens als Recht an fremder Sache ihre Existenz verliert, hört die Emphyteusis durch folgende Thatsachen auf[1]:

1) durch den Eintritt der auflösenden Bedingung und Befristung, unter welcher sie verliehen worden ist[2];

2) durch Aufgabe von Seite des Berechtigten, welche aber, wenn sie unter Lebenden erfolgt, um wirksam zu sein, vom Eigenthümer acceptirt sein muß[3];

---

[9] S. § 219 Note 5.

[10] L. 7 pr. D. comm. div. 10. 3, l. 10 D. fam. erc. 10. 2, l. 15 § 26 D. de damno inf. 39. 2, s. außerdem Note 5.

[11] Ich glaube nicht, daß dieß bestritten werden kann. L. 12 § 2 D. de Publ. 6. 2 knüpft an die Tradition die Publiciana actio an, die Publiciana aber verlangt, was den Titel angeht, nichts, was nicht auch für das Recht selbst erforderlich wäre. Vgl. auch l. 1 § 7 D. de superfic. 43. 18: „Sed et tradi posse intellegendum est (sc. superficiem)". A. M. F. P. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte (1867) S. 77—78.

[1] Zu den im Folgenden genannten Thatsachen wird von den meisten § 222. Schriftstellern noch hinzugefügt der unbeerbte Tod des Emphyteuta. Es ist aber nicht abzusehen, warum nicht die Emphyteusis mit dem übrigen Vermögen an den Fiscus fallen sollte. So auch Fritz Arch. f. civ. Pr. VIII S. 295 Note 23 und Erläuterungen I S. 404, Sintenis I § 55 Note 35, vgl. auch Wächter (cit. bei § 223) S. 123. Andere Schriftsteller, welche sich für diese Meinung ausgesprochen hätten, kenne ich nicht. Vgl. Glück VIII S. 522, Schmid § 24 Note 6.

[2] S. § 90 Note 4, § 86 Note 6; l. 3 D. h. t. Vgl. auch Schmid § 24 Note 4.

[3] Vgl. § 215 Note 11. Bis zur Acceptation besteht also die Emphyteusis fort. Bis zur Acceptation ist daher auch der Emphyteuta von seinen

3) durch Verjährung, aber nicht durch bloße Nichtausübung[3a] von Seiten des Berechtigten, sondern durch Ersitzung der Freiheit von Seiten des Gegners[4];

4) durch Verwirkung des Berechtigten[5]. Derselbe verliert zur

Pflichten nicht frei, und wenn die Accertation verweigert wird, wird er von seinen Pflichten überhaupt nicht frei. Das Letztere ist freilich bestritten (dawider Arndts S. 878, Schmid § 24 Note 9, Bacher Jahrb. f. Dogm. V S. 253—255, Brinz 2. Aufl. I S. 826); aber der bezeichneten Consequenz gegenüber wird es so lange behauptet werden müssen, bis sich für das Gegentheil ein Quellenzeugniß beibringen läßt, und dieß ist nicht möglich. Denn ein Rückschluß von dem für den Nießbrauch Anerkannten (§ 215 Note 11) ist in dieser Beziehung nicht erlaubt, da der Nießbrauch viel mehr lediglich im Interesse des Berechtigten besteht, als die Emphyteusis (auch abgesehen davon daß die Emphyteusis auf Cultivirung des Grundstücks berechnet ist, schon wegen der Verpflichtung zur Zahlung des Canons). Hiernach kann die Beweiskraft der l. 3 C. de fundo patr. 11. 62 [61], welche man für die hier vertheidigte Meinung ebenfalls geltend gemacht hat, dahin gestellt bleiben (vgl. Unterholzner Schuldverh. II S. 365 Note e). Nur wenn in einem gegebenen Falle weder ein Canon zu entrichten, noch die Emphyteusis auf eine im Interesse des Eigenthümers vorzunehmende Cultivirung des Grundstücks berechnet wäre, würde dem Emphyteuta einfache Dereliction zu gestatten sein. Vgl. Wächter a. a. O. S. 120 fg. A. M. Dernburg Note 25. — Das Gleiche muß gelten, wenn die Emphyteusis durch Vermächtniß zurückgegeben wird (l. 71 § 5 D. de leg. I° 30), und der Eigenthümer dieses Vermächtniß ausschlägt.

[3a] Dieß habe ich in der 1. Auflage behauptet, indem ich auf die Analogie des Nießbrauchs verwies. Aber mit Recht bemerkt dagegen Wächter (cit. bei § 223) S. 112, daß der Untergang der Dienstbarkeiten durch bloße Nichtausübung etwas so Besonderes sei, daß es mehr als bedenklich sein würde, diese Art der Verjährung auf andere dingliche Rechte zu übertragen. Daraus, daß die Emphyteusis kein Eigenthumsrecht ist, folgt noch nicht, daß sie in allen Beziehungen nach den Grundsätzen gerade von den Dienstbarkeiten behandelt werden muß.

[4] Nach Analogie der Ersitzung der Pfandfreiheit. S. § 248 Ziff. 3. So auch die herrschende Meinung, vgl. Arndts S. 879—880, Schmid S. 43—45, Unterholzner Verjährungslehre II § 241. A. M. Wächter a. a. O. S. 109 fg., welcher hier, wie beim Pfandrecht, nur Verjährung des Anspruchs (der Klage) annimmt. S. dagegen § 248 Note 17. Man bemerke auch noch: wenn es eine das Recht, nicht bloß die Klage, aufhebende Verjährung gibt sowohl bei dem Höheren, dem Eigenthum, als dem Minderen, der Dienstbarkeit, warum sollte es eine solche Verjährung nicht auch bei dem Mittleren, der Emphyteusis, geben?

[5] Man spricht in diesen Fällen gewöhnlich von einer „Privation" des Berechtigten.

Strafe sein Recht in folgenden Fällen: a) wenn er das Grundstück deteriorirt[6]; b) wenn er mit der Entrichtung der an den Eigenthümer zu leistenden Abgabe oder der öffentlichen Abgaben drei Jahre rückständig bleibt[7] — bei kirchlichen Emphyteusen genügt in Betreff der dem Eigenthümer zu leistenden Abgabe schon zweijährige Säumniß[8]; c) wenn er veräußert, ohne die ihm für diesen Fall obliegenden Pflichten (§ 220 Note 8) zu erfüllen[9]. Der Verlust der Emphyteusis tritt mit diesen Thatsachen ohne Weiteres ein[10]; wenn der Eigenthümer sein Recht klagend verfolgt, so hat der von ihm erlangte Richterspruch nur declaratorische Bedeutung. Jedoch ist natürlich der Eigenthümer nicht genöthigt, von seinem Recht Gebrauch zu machen; thut er es nicht, so wird es so angesehen, als sei die Emphyteusis nie verloren worden[11].

---

[6] Nov. 120 c. 8, Auth. *Qui rem* C. de ss. eccl. 1. 2. Diese Stellen handeln zwar nur von kirchlichen Emphyteusen; aber sie stellen neben den Emphyteuta den gewöhnlichen Pächter, und für die Pacht gilt der gleiche Grundsatz (l. 3 C. de loc. 4. 65). Vgl. c. 2 § 7 C. 10 qu. 2 und Schmid § 24 Note 14—19.

[7] L. 2 C. h. t. Daß die entscheidenden Worte dieser Stelle: „sin . . . per totum triennium neque pecunias solverit, neque apochas domino tributorum reddiderit" nicht conjunctiv, sondern alternativ zu fassen sind, nimmt die herrschende Meinung an, theils wegen des unmittelbar vorhergehenden „si solitam pensionem *vel* publicarum functionum apochas non reddiderit", theils wegen Nov. 7 c. 3 § 2. Arndts S. 881 Note 157, Schmid § 24 Note 20. — Mahnung durch den Eigenthümer ist nicht erforderlich, l. 2 C. cit., c. 4 i. f. X. de loc. 3. 18. Vgl. hierüber und über andere hierher gehörige Fragen Arndts S. 880. 881, Schmid S. 47—51.

[8] Nov. 7 c. 3 § 2, Nov. 120 c. 8, c. 4 X. de loc. 3. 18.

[9] L. 3 i. f. C. h. t., c. 4 X. de loc. 3. 18.

[10] L. 2 C. h. t.: — „suo iure is, qui emphyteusin suscepit, cadat". L. 3 eod.: — „iure emphyteutico cadat". Nov. 7 c. 3 § 2: — „fient omnino extranei emphyteumatis". In Nov. 120 c. 8: heißt es unbestimmter: — „damus licentiam eicere . . de emphyteusi". Doch kann nach canonischem Recht der Verlust wegen Nichtentrichtung des Canon durch schleunige Nachzahlung („celeri satisfactione") abgewendet werden, c. 4 X. de loc. 3. 18. Unter „schleuniger" Nachzahlung ist zu verstehen Nachzahlung vor der Erklärung des Eigenthümers, von seinem Recht Gebrauch machen zu wollen. Arndts S. 881 Note 159. Andere gestatten Nachzahlung bis zur erhobenen Klage. Schmid § 24 Note 28.

[11] Ueber das Ganze s. Arndts S. 882, Schmid S. 52—54.

II. Superficies*.

§ 223.

Das Recht der Superficies beruht auf der Vorstellung, daß Jemandem ein Gebäude oder eine sonstige auf oder unter einem Grundstück befindliche Anlage[1] gehöre ohne den Grund und Boden[2]. Ein solches Rechtsverhältniß ist aber juristisch nicht möglich, da das mit dem Grund und Boden (dauernd) Zusammenhängende keine selbständige Existenz hat, sondern nur Bestandtheil des Grundes und Bodens ist, daher auch nicht Gegenstand eines besonderen Rechts sein kann, sondern von dem am Grund und Boden stattfindenden Rechtsverhältniß nothwendig mit ergriffen wird[2a]. In dieser Weise wird die Superficies zu einem Rechte an fremder Sache (Grundstück mit der darauf befindlichen Anlage)[3], dessen Inhalt freilich, wie der Inhalt der Emphyteusis, aus der Vorstellung heraus bestimmt wird, daß der Superficiar

---

* Dig. 43. 18 de superficiebus. — Wächter das Superficiar- oder Platzrecht. Fünf akademische Programme. 1866—68. Zweite, sehr vermehrte und theilweise umgearbeitete Ausgabe in: Sammlung von Abhandlungen der Mitglieder der Juristenfacultät zu Leipzig, erster Band, 1868. Nach dieser Ausgabe wird hier citirt. Noch vor dieser zweiten Ausgabe ist erschienen: Degenkolb Platzrecht und Miethe S. 1—124 (1868). Diese Schrift verfolgt mehr den historischen Gesichtspunkt. Ueber beide Schriften: Mandry krit. VJSchr. XII S. 508 fg. S. noch Pernice Parerga II S. 90 fg. — Gesterding (cit. bei § 219) S. 444—454. Schmid (das.) S. 57—85. Sintenis I § 56, Dernburg I § 259.

§ 223. [1] S. Note 19. 20.

[2] L. 9 § 4 D. de damno inf. 39. 2: — „si solum sit alterius, superficies alterius"; l. 74 D. de R. V. 6. 1: — „qui in alieno solo superficiem . . habet"; ebenso l. 1 § 1 D. h. t. Vgl. l. 3 § 7 D. uti poss. 43. 17: „coenaculum . . in quo alius quasi dominus moretur" (doch verstehen Andere unter diesem quasi dominus einen Bewohner, der sich wirklich für den Eigenthümer hält oder ausgibt, vgl. Wächter S. 33 fg.). Auch in l. 12 § 3 D. de Publ. 6. 2 möchte man das „a non domino" auf den veräußernden Superficiar beziehen.

[2a] S. § 138 a. E., § 188 Note 7. 10. Degenkolb S. 114 fg., Wächter S. 10 fg. 25 fg.

[3] L. 2 D. h. t. „Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt, quarum proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius et solum". L. 86 § 4 D. de leg. I° 30, l. 19 pr. D. de damno inf. 39. 2, l. 49 D. de V. S. 50. 16, l. 10 D. fam. erc. 10. 2.

Mehr als ein Recht an fremder Sache habe. So hat auch er, wie der Emphyteuta, ein unbeschränktes Benützungsrecht, ja es muß ihm, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich oder stillschweigend festgesetzt ist, selbst das Recht der Verfügung über die Substanz der superficiarischen Sache zugestanden werden[4]; er überträgt sein Recht auf seine Erben[5], und kann es von Todes wegen wie unter Lebenden veräußern[6], so wie verpfänden[7]; er kann auf die Dauer seines Rechts Dienstbarkeiten an dem Grundstück bestellen[8]; er kann sein Recht gegen Jedermann, nöthigenfalls klageweise, geltend machen, und sowohl die dem Grundstück zustehenden Dienstbarkeiten, als die Freiheit des Grundstücks von Dienstbarkeiten im Processe verfolgen und vertreten[9]. Auf der anderen Seite ist der Superficiar, wie der Emphyteuta, verpflichtet, die Lasten der Sache zu tragen[10], und dem Eigenthümer die festgesetzte jährliche Abgabe, nach den für die Emphyteuse geltenden Grundsätzen[11],

---

[4] Namentlich also das Recht zum Abbruch des superficiarischen Gebäudes. Ist die Absicht der Verleihung darauf gerichtet, daß der Superficiar Eigenthümer des Gebäudes werden solle, so kann dieß nicht zweifelhaft sein: anders wäre z. B. zu entscheiden, wenn Jemandem ein bereits bestehendes oder auf Kosten des Eigenthümers zu errichtendes Gebäude auf 99 Jahre vermiethet, oder in „Erbpacht" gegeben wird (Note 12). Vgl. Schmid S. 68, und namentlich Wächter S. 40—43. Wem steht das Eigenthum an dem Abbruchsmaterial zu? Wächter das. S. 43—44.

[5] L. 10 D. fam. erc. 10. 2.

[6] L. 1 § 7 D. h. t.

[7] L. 16 § 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 13 § 3 D. de pign. 20. 1, l. 15 D. qui pot. 20. 4, l. 1 § 6 D. h. t. (in welcher Stelle statt petitori zu lesen ist pignori [mit Streichung des folgenden in], oder creditori, vgl. Degenkolb S. 96 Note 1, Wächter S. 38 Note 7, Mommsen in seiner Ausgabe). Als Gegenstand der Veräußerung und Verpfändung wird auch hier nicht das superficiarische Recht, sondern das Gebäude selbst bezeichnet. Vgl. § 227 Note 3.

[8] L. 1 § 6. 9 D. h. t., l. 1 pr. D. quib. mod. ususfr. 7. 3. Schmid § 27 Note 7.

[9] Er hat utilis petitio rei, utilis confessoria und negatoria actio, eine jede derselben auch als Publiciana. L. 1 pr. § 1. 3. 6 D. h. t., l. 73 § 1 — l. 75 D. de R. V. 6. 1, l. 12 § 3 D. Publ. 6. 2. Vgl. Degenkolb S. 92 fg.

[10] Dieser Satz rechtfertigt sich durch die Analogie der Emphyteusis (§ 220 Note 2) und des Nießbrauchs (§ 204 Note 4).

[11] Solarium, pensio. L. 74 D. de R. V. 6. 1, l. 15 D. qui pot. 20.

zu entrichten[11a]. Dagegen liegen ihm die dem Emphyteuta in Betreff der Veräußerung auferlegten Pflichten nicht ob. — Begründet wird das Recht der Superficies durch Verleihung des Eigenthümers, letztwillige oder vertragsmäßige[12], durch richterlichen Spruch[13] und durch Ersitzung[14]; übertragen wird eine be-

---

4, l. 2 § 17 ne quid in loco publ. 43. 8. Das Rechtsverhältniß ist das gleiche wie bei der Emphyteusis (§ 220 Note 3). Wesentlich ist diese Abgabe auch hier nicht. Wächter S. 59 fg. Entsch. des RG. VII S. 145. A. M. Degenkolb S. 29 fg. (vgl. Note 12).

[11a] S. § 220 Note 5 und 6, und die dort gegebenen Citate.

[12] Bei letztwilliger Verleihung bedarf es auch hier, wie bei der Emphyteusis, nicht eines besonderen Contractes mit dem Erben; die an die Superficies angeknüpften obligatorischen Verpflichtungen entstehen unmittelbar mit dem Rechte. Wächter S. 98 fg. Bei vertragsmäßiger Verleihung kommt es auf den Namen des Vertrages nicht an. Derselbe kann unter dem Namen eines Miethvertrages auftreten, wenn nämlich die Miethe auf immer oder doch „non ad modicum tempus" eingegangen wird (l. 1 pr. § 3 l. 2 D. h. t.), wobei den Gegenstand entweder das Gebäude ꝛc., oder, was gewöhnlicher ist, der Grund und Boden mit Rücksicht auf ein von dem Miether für sich zu errichtendes Gebäude bilden kann (Seuff. Arch. XXVIII. 202, XXXI. 209); als sonstiger Vertrag, wodurch Jemandem erlaubt wird, für sich auf fremdem Grund und Boden ein Gebäude zu errichten (l. 2 § 17 D. ne quid in loco publ. 43. 8, vgl. Bruns fontes iuris Romani antiqui p. 197—198 [222—225]); als Veräußerungsvertrag, wenn nämlich als das zu veräußernde Object das Gebäude im Gegensatz zum Grund und Boden bezeichnet wird (l. 1 § 1 D. h. t., l. 32 D. de I. D. 23. 3); als Vertrag, durch welchen ein Gebäude ꝛc. in „Erbpacht", zu „Erbzinsrecht", oder mit Anwendung einer ähnlichen, über die Absicht der Parteien keinen Zweifel lassenden Bezeichnung gegeben wird. Mit Recht macht aber Wächter darauf aufmerksam, daß die Bezeichnung des Vertrags als Miethvertrag eine ungenaue sei und der auf Begründung eines dinglichen Rechts gerichteten Intention der Parteien nicht Genüge leiste. Vgl. Note 17. Degenkolb S. 25 fg. ist der Ansicht, daß die Begründung der Superficies immer einen Miethvertrag voraussetze; allerdings aber könne der Miethzins bloße Recognitionsgebühr sein, und in diesem Falle sei der Miethvertrag Erscheinungsform für Kauf oder Schenkung. Degenkolb S. 45 fg. behauptet ferner, die Begründung einer Superficies sei nur in der Weise möglich, daß der Superficiar für sich ein Gebäude errichte (vgl. auch Brinz 2. Aufl. I S. 807. 808. 813—15, Pernice S. 90). Gegen beides s. die gründliche Ausführung von Wächter S. 63—79, auch Mandry a. a. O. S. 515 fg. — Daß zum Vertrage Besitzübertragung hinzukommen müsse, darf hier so wenig, wie bei der Emphyteusis, behauptet werden. Vgl. l. 1 pr. § 3 D. h. t. Wächter S. 61 fg. A. M. Lenel Jahrb. f. Dogm. XIX S. 190 fg., Dernburg S. 626.

stehende Superficies durch Willenserklärung des Berechtigten, zu welcher aber, wenn sie eine vertragsmäßige ist, Besitzübertragung hinzukommen muß[15], und durch richterlichen Spruch. — Auch für die Beendigung der Superficies gilt im Uebrigen das Nämliche, wie für die Beendigung der Emphyteusis[16]; es finden aber die Grundsätze von dem Verlust durch Verwirkung[17] keine Anwendung, und wenn die superficiarische Anlage untergeht, so ist zuzusehen, ob es nicht dem Sinne des Bestellungsactes gemäß ist, daß der Superficiar die Anlage neu solle errichten dürfen[18].

Wenn oben gesagt worden ist, daß auch andere Anlagen außer Gebäuden den Gegenstand des superficiarischen Rechts bilden können, so sind darunter nicht bloß bauliche Anlagen[19] zu ver-

---

[13] S. § 221 Note 5. Wächter II S. 104 fg.

[14] Es gilt hier alles was in Betreff der Emphyteusis gesagt worden ist (§ 221 Note 7—8a). Die usucapio war auch bei der Superficies ausgeschlossen, l. 12 § 3 D. de Publ. 6. 2. L. 26 D. de usurp. 41. 3 leugnet nicht die Möglichkeit der Ersitzung des superficiarischen Rechts, sondern die Möglichkeit der Ersitzung des Eigenthums am Gebäude ohne den Grund und Boden (l. 23 pr. eod.). Vgl. Schmid § 26 Note 17, H. Franke Arch. f. civ. Pr. XLIV S. 119 fg. (welcher l. 12 § 3 D. de Publ. 6. 2 für entscheidend hält, wie bei der Emphyteusis § 2 eod.), Wächter S. 101 fg. Entscheid. des RG. VII S. 144 (= Seuff. Arch. XXXVIII. 109).

[15] Dafür spricht die Analogie der Emphyteusis (§ 221 Note 11) und l. 1 § 7 D. h. t. A. M. Wächter S. 106, übereinstimmend Lenel Jahrb. f. Dogm. XIX S. 191. Entscheid. des RG. IX S. 194 (= Seuff. Arch. XXXIX. 195). Ueber letztwillige Uebertragung vgl. l. 86 § 4 D. de leg. I° 30.

[16] Ueber die Beendigung durch Zeitablauf s. l. 1 § 3 D. h. t. In Betreff der Ersitzung der Freiheit a. M. Wächter a. a. O. (§ 222 Note 4). Auch in Betreff der Dereliction (§ 222 Note 3) ist Wächter S. 120 fg. anderer Meinung (der Superficiar soll sich von der Verpflichtung zur Zahlung der Abgabe durch Dereliction befreien können), mit Berufung darauf, daß die Abgabe mehr nur die Natur einer Beschränkung des superficiarischen Rechts, einer Bedingung seiner Ausübung, habe. Vgl. § 220 Note 5.

[17] Andere (so auch die 1. Auflage dieses Lehrbuchs, Mandry a. a. O. S. 518), geben dem Eigenthümer, überhaupt oder im Fall der Begründung der Superficies durch Miethe, das Recht, den Superficiar wegen zweijähriger Nichtzahlung der Abgabe auszutreiben, nach Analogie von l. 54 § 1 l. 56 D. loc. 19. 2. Dagegen mit Recht Wächter S. 81 fg. Vgl. Note 12.

[18] Vgl. Wächter S. 116 fg. A. M. Degenkolb S. 49 fg.

[19] Z. B. eine Mauer, eine Wasserleitung, eine ausgemauerte Düngergrube, ein Keller. Wächter S. 52 fg.

stehen, sondern auch Bäume und sonstige Pflanzungen[20]. — Auch an einem Theil eines Gebäudes ist eine Superficies möglich[21].

Siebentes Kapitel.

Das Pfandrecht*.

I. Begriff und Wesen.

§ 224.

Pfand[1] im juristischen Sinne ist eine Sache, welche die Bestimmung hat, einem Gläubiger Sicherheit für die Befriedigung

[20] Dieß ist bestritten, so namentlich von Büchel Erörterungen I S. 283—284, Schmid § 25 Note 11, aber s. besonders Wächter S. 53 fg. Derselbe macht mit Recht darauf aufmerksam, daß der Ausdruck superficies ein ganz allgemeiner sei, und daß sachlich kein Grund vorhanden sei, die Superficies bei Pflanzungen auszuschließen. „Auch kommen Fälle dieser Art nicht so selten vor; namentlich sind mir Beispiele bekannt, in denen Jemandem von einer Gemeinde das Recht eingeräumt wurde, auf ihrem Weideplatze gegen die Zahlung eines geringen Solariums Bäume zu pflanzen, die ihm gehören sollten. Sollte dieses Recht ein bloßes Recht aus einer Obligation sein, das gegen einen Käufer des Weideplatzes nicht hätte geltend gemacht werden können? oder sollte es ein bloßer Nießbrauch an den Bäumen sein, welcher mit dem Tode des Pflanzenden erlöschen würde? Die Absicht der Parteien ging hier aus guten Gründen auf ein wirkliches Superficiarrecht, und so wurde es auch von der Gemeinde aufgefaßt und anerkannt".

[21] L. 3 § 7 D. uti poss. 43. 17. Wächter S. 50 fg., Degenkolb S. 53 fg. 223 fg., Mandry a. a. O. S. 521 fg. Superficies an einem unter einem Gebäude befindlichen Keller: Seuff. Arch. VI. 152.

* Dig. XX. Cod. VIII. 14—35. — Das neueste und beste Werk über das Pfandrecht ist das von H. Dernburg, das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, 1. Band 1860 (rec. von Scheurl krit. VJSchr. II S. 416 fg. 481 fg.), 2. Band 1864. Von früheren Bearbeitungen sind zu nennen: Gesterding die Lehre vom Pfandrecht nach Grundsätzen des römischen Rechts 1816, zweite Aufl. 1831. Sintenis Handbuch des gemeinen Pfandrechts 1836. Bachofen das römische Pfandrecht 1. (einziger) Band 1847 (eine Bearbeitung des römischen Pfandrechts vom rein philologischen Standpunkt aus, s. Vorrede S. XI); rec. von Keller krit. Jahrb. für deutsche RW. XI S. 961 fg. Glück Bd. XVIII Abth. 2. Bd. XIX. — Ueber das deutsche Recht vor der Reception des römischen s. das Werk von v. Meibom, das deutsche Pfandrecht, 1867. Darüber: Stobbe krit. VJSchr.

seiner Forderung zu gewähren. Die Erreichung dieses Zweckes ist in verschiedener Weise denkbar; nach der letzten Entwickelung, welche das Pfandrecht bei den Römern erfahren hat[2] und in welcher es nach Deutschland übergegangen ist, wird er dadurch erreicht, daß der Pfandgläubiger mit der Befugniß ausgestattet ist, für den Fall seiner Nichtbefriedigung die verpfändete fremde Sache in Besitz zu nehmen[3] und durch Veräußerung derselben gegen Entgelt sich seine Befriedigung selbst zu verschaffen[4].

IX S. 285 fg. — Ueber „das kaufmännische Pfand- und Retentionsrecht" s. Laband Zeitschr. f. Handelsr. IX S. 225 fg. 425 fg. (1866), Goldschmidt Handelsrecht I § 83—98, Thöl Handelsrecht 5. Aufl. I § 233.

[1] Das römische Wort für Pfand ist pignus, von pago oder pango, griech. πήγνυμι, fest machen, befestigen. Dernburg I S. 49. In Betreff der Etymologie des deutschen Wortes vgl. Meibom S. 24 fg. § 224.

[2] Frühere Formen des Pfandrechts bei den Römern sind die fiducia und das pignus im engeren Sinn; bei jener erhielt der Pfandgläubiger Eigenthum, bei dem pignus nur einen durch die possessorischen Interdicte geschützten Besitz (§ 154 Note 3). Die neueste Form des Pfandrechts führt den speciellen Namen hypotheca. Vgl. über die Geschichte des römischen Pfandrechts: Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIII S. 181 fg. (1846), Bachofen Nr. I. II. VII. XIX und dazu Keller S. 963—988. 1001—1008. 1019—1022, Brinz Pand. 1. Aufl. § 80, Dernburg I § 1—9 und dazu Scheurl S. 416—433. (Eine Urkunde über Errichtung einer pfandrechtlichen fiducia bei Bruns fontes iuris p. 180 [200]. Darüber: Degenkolb Zeitschr. f. RGesch. IX S. 117 fg. 407 fg. Krüger krit. Untersuch. S. 41 fg. Rudorff Zeitschr. f. RGesch. XI S. 52 fg.) — Es ist übrigens auch heutzutage nicht ausgeschlossen, daß die Eigenthumsübertragung zu dem Ende verwendet werde, um einem Gläubiger Sicherheit für seine Forderung zu verschaffen. Vgl. Seuff. Arch. VII. 282, XIV. 90, XIX. 122. 145, XXX. 124. Budde und Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock V. 24 Nr. 2, VI. 44, VIII. 15, 25. Mecklenb. Zeitschr. f. Civilr. u. RPflege V S. 1 fg. Entscheid. des RG. II S. 168. 173. Vgl. Hellwig Arch. f. civ. Pr. LXIV S. 369 fg. Hierher gehört namentlich auch der heutzutage häufige Fall der Stellung einer Caution durch Einzahlung einer Geldsumme. Vgl. darüber § 226a Note 2. — Natürlich kann der Sicherungszweck auch durch Verschaffung eines anderen Rechts, ja durch jede Vermögenszuwendung, erreicht werden. Diesen Gedanken verfolgt Skonietzki in Gruchot's Beiträgen XXVII S. 510 fg.

[3] Unwesentlich, aber verträglich mit dem Pfandrecht, ist sofortiger Besitzübergang auf den Gläubiger. Wir reden in diesem Fall von einem Faustpfand, die Römer gebrauchen zur Bezeichnung desselben den Ausdruck pignus im engern Sinn. Vgl. mit l. 5 § 1 D. de pign. 20. 1 l. 9 § 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 238 § 2 D. de V. S. 50. 16, § 7 I. de act. 4. 6. (Der Ausdruck Faustpfand ist in Deutschland erst nach Reception des römischen

Das Pfandrecht steht in einem wesentlichen Gegensatz zu allen andern Rechten an fremder Sache. Und zwar nach einer doppelten Richtung. Zuerst durch die Unselbständigkeit seiner Natur. Alle andern Rechte an fremder Sache sind um ihrer selbst willen da, das Pfandrecht hat einen außerhalb seiner selbst liegenden Zweck; alle andern Rechte an fremder Sache gewähren dem Berechtigten eine Willensherrschaft schlechthin, das Pfandrecht gewährt ihm eine Willensherrschaft nur zu dem Ende, damit ein anderes Recht seine Befriedigung erhalte[5]. Sodann aber unterscheidet sich das Pfandrecht von allen andern Rechten an fremder Sache durch seinen weit gehenden Inhalt. Keines von den andern enthält einen so schweren Eingriff in das Recht des Eigenthümers, wie das Pfandrecht; dasselbe führt in seiner Entwickelung zur Vernichtung des Rechts des Eigenthümers[5a].

Weil das Pfandrecht den Zweck in sich trägt, dem Gläubiger Befriedigung für seine Forderung zu verschaffen, liegt die Vorstellung nahe, daß das Pfandrecht eine Erstreckung des Forderungsrechts von der Person auf die Sache und somit selbst ein Forderungsrecht sei. Diese Vorstellung scheint eine wesentliche Stütze darin zu finden, daß die Quellen die von den Forderungsrechten gebrauchten Ausdrücke auch auf das Pfandrecht anwenden,

---

Rechts, wie es scheint als Uebersetzung von pignus [l. 238 § 2 D. de V. S. 50. 16], aufgekommen. Meibom a. a. O. S. 37.)

[4] Das erste dieser Rechte hat seinen Ursprung im prätorischen Edict; der Prätor gab demjenigen, welchem eine Sache verpfändet worden war, actionem in rem, utilem petitionem rei. Auf Grund dieser actio in rem ist das Pfandrecht als dingliches Recht (an fremder Sache) entwickelt worden, wie das ius in agro vectigali und die Superficies (vgl. § 218 Note 5, § 223 Note 9). Als dingliches Recht wird es ausdrücklich bezeichnet in l. 19 pr. D. de damno inf. 39. 2, l. 30 D. de nox. act. 9. 4, vgl. auch l. 8 § 1 C. de praescr. XXX 7. 39. Den Standpunkt der Klage hält einseitig fest das Bachofen'sche Werk. S. dagegen Keller Rec. S. 988—996, Dernburg I § 7. — Das Recht der Veräußerung beruht nicht auf dem prätorischen Edict, sondern auf einer durch Theorie und Praxis zur bindenden Regel erhobenen Auslegung des Verpfändungswillens (§ 237 Note 1).

[5] S. jedoch § 225 Ziff. 2.

[5a] Es ist nicht zu verwechseln das Recht des Eigenthümers und das Eigenthumsrecht. Das Eigenthumsrecht wird durch das Pfandrecht gar nicht afficirt, nur das Recht des gegenwärtigen Inhabers des Eigenthums. F. P. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte S. 68.

und zwar nicht bloß ausnahmsweise, sondern in gewöhnlicher Redeweise[6]. Allein diese Uebertragung erklärt sich vollkommen aus der Gleichheit des Zweckes, welcher bei Forderungsrecht und Pfandrecht stattfindet[7]; sie beweist nicht dafür, daß dieser Zweck bei beiden auf dem gleichen Wege erreicht werde. In der That ist das Pfandrecht ein Rechtsverhältniß, welches den Willen des Berechtigten maßgebend macht für die Sache (§ 38); es ist ein dingliches, und kein obligatorisches Recht[8.9]

[6] Der ganz gewöhnliche Ausdruck der Quellen für verpfänden und Verpfändung ist obligare und obligatio; außerdem heißt es: res pignori nexa, obstricta, obnoxia, res pignori oder pignoris iure tenetur, pignus contrahitur; von der Beendigung des Pfandrechts werden die Ausdrücke distrahere, liberare, luere, solvere gebraucht. S. namentlich l. 5 § 2 und l. 11 D. quib. mod. pign. 20. 6, und vgl. Riedel in Hugo's civil. Magazin V. S. 99 fg., Büchel civil. Erörterungen I. 2 S. 27 fg. (2. Aufl. S. 143 fg.).

[7] Ueber die verschiedenen Auffassungen s. Bachofen S. 222—226, Brinz § 82. 2. Aufl. II S. 1 fg., Regelsberger Altersvorzug der Pfandrechte S. 14—17 und dazu Fitting krit. VJSchr. I S. 77—79, Dernburg I § 13, Scheurl S. 434 fg., Bekker Zeitschr. f. RGesch. IX S. 401 fg. Aktionen I S. 5. 6, Exner Kritik des Pfandbegriffes S. 47 fg., Brinz in Grünhut's Zeitschr. I S. 26 fg.

[8] Vgl. § 227 Note 7 und Text zu Note 8 daselbst. — Die Ansicht, daß das Pfandrecht wirklich ein Forderungsrecht sei, ist namentlich von Büchel civil. Erörterungen I. 2 (1833) und 2. Aufl. (1847) I S. 259 fg. 269 fg. 447 fg. vertheidigt worden. Auf der andern Seite ist das Pfandrecht diesem Schriftsteller doch auch wieder ein dingliches Recht; er nennt es ein dingliches Forderungsrecht, bei welchem, wie sonst eine Person, so hier eine Sache Schuldnerin sei, oder, wie er sich an einem andern Orte (2. Aufl. S. 261) ausdrückt, bei welchem eine Sache in einem ähnlichen Verhältniß zu dem Berechtigten gedacht werde, wie bei der obligatio personae der Schuldner zum Gläubiger. Büchel's Ansicht ist nicht ohne Anhänger geblieben; es bekennen sich zu derselben namentlich Vangerow (I § 363 Anm. 2), dessen Darstellung aber in der 7. Aufl. einigermaßen modificirt ist, und Sintenis (pfandrechtl. Streitfragen I S. 5. 6, Handbuch des Pfandrechts § 1. 2, gem. Civilrecht I § 67 Anm. 2), der Letztere jedoch mit der Modification, daß nach ihm nicht die Sache Schuldnerin sein soll, sondern der jedesmalige Eigenthümer. Gegen die Büchel'sche Ansicht haben sich erklärt: Puchta Pand. § 193. d und Vorles. dazu. Institutionen II § 249 c, Lang Arch. f. civ. Pr. XXVIII S. 352 fg., Wächter Württ. Privatr. II § 48 Note 25, Böcking I § 133 Note 6, Brinz 1. Aufl. § 82 (dieser jedoch mit eigenthümlicher Wendung, s. unten), Dernburg I § 12, Scheurl S. 434—439, Keller Pand. § 190, Unger I § 62 Note 9. Puchta hat die Gründe für diese Ansicht „unglaublich schwach" genannt, und fast noch stärker drückt sich Keller

II. Verhältniß des Pfandrechts zur Forderung.

§ 225.

Das Pfandrecht setzt seinem Begriffe nach eine Forderung voraus[1]. Ohne Forderung kann es weder entstehen, noch fortbestehen. Dieß bedarf jedoch näherer Bestimmung.

1. Das Pfandrecht kann ohne Forderung nicht entstehen. Bestellt aber Jemand wissentlich ein Pfandrecht für eine nicht existirende Forderung, so entsteht die Frage, ob er nicht gerade dadurch eine Forderung gegen sich begründe; bei der Entscheidung dieser Frage ist sowohl auf den Willen des Verpfändenden, als darauf zu sehen, ob alle gesetzlichen Erfordernisse der Entstehung einer Forderung vorhanden sind[2]. Steht der Forderung eine Einrede entgegen, so kann dieselbe Einrede auch jedem auf das Pfandrecht begründeten Anspruch entgegengesetzt werden, gewiß von dem

---

a. a. O. aus. Uebrigens sind die Versuche, sie auch praktisch zu verwerthen, und Rechtssätze, welche für die Obligation gelten, auf das Pfandrecht zu übertragen, nicht gerade sehr zahlreich; doch hat es an denselben auch nicht ganz gefehlt (vgl. 248 Note 2 und 15). — Wenn Brinz a. a. O. (Note 7) daran festhält, daß das Pfandrecht Obligation sei, so thut er das in dem Sinne, daß er einen allgemeinen Begriff von obligatio annimmt, der in der obligatio rei wie personae seine Verwendung finde. Obligatio sei nämlich Haftung, das Wesen der Haftung liege aber darin, daß das Haftende einem Andern für den Fall, daß ihm eine Leistung nicht gemacht werde, zur „Satisfaction" zu dienen rechtlich bestimmt sei.

[9] Durch die Natur des Pfandrechts als dinglichen Rechts bestimmt sich auch seine Stellung im System; für dieselbe kann nicht der Zweck des Pfandrechts maßgebend sein, sondern nur seine juristische Structur. A. M. Arndts, welcher das Pfandrecht unter den Sicherungsmitteln der Forderung abhandelt. S. dens. Pand. § 136 Note 2 und krit. Jahrb. VII S. 300 fg. Ebenso (schon früher) Wächter Württ. Privatr. I S. 549. II S. 319 (jetzt. Pand. II § 223 fg.). Jetzt auch Brinz 2. Aufl. II § 346 fg.

§ 225. [1] In l. 43 D. de sol. 46. 3 wird das Pfandrecht neben dem Bürgen zu den „accessiones" der Forderung gezählt.

[2] Namentlich ob die Forderung eine erlaubte ist, vgl. l. 11 § 3 D. de pign. act. 13. 7. Was die Auslegung des Willens des Verpfändenden angeht, so wird es einen wesentlichen Unterschied machen, ob in der Erklärung die Forderung als bestehend bezeichnet oder vorausgesetzt ist, oder nicht. Vgl. aus den Quellen etwa l. 11 D. de fidei. 46. 1, l. 33 D. de pign. 20. 1, l. 8 pr. D. de accept. 46. 4, und Büchel civilrechtl. Erörterungen II. 1 S. 121. 122, Dernburg I § 74.

Schuldner, aber auch von Dritten dann, wenn die Einrede keine rein persönliche ist oder der Dritte einen Rückgriff gegen den Schuldner hat[3]. Inwiefern in einer Verpfändung, welche mit Kenntniß der die Forderung unwirksam machenden Einrede geschieht, ein Verzicht auf die Einrede gefunden werden darf, ist nach denselben Gesichtspunkten zu entscheiden, welche soeben in Betreff der Verpfändung für eine nicht existirende Forderung geltend gemacht wurden[4]. — Ist die Forderung bedingt oder befristet, so ist es auch das Pfandrecht[5]; wird ein Pfandrecht für eine zukünftige Forderung[6] bestellt, so ist zwar die Verpfändung

---

[3] L. 32 D. de fidei. 46. 1, l. 15 C. de non num. pec. 4. 30, l. 2 D. quae res pign. 20. 3, l. 16 § 1 D. ad SC. Vell. 16. 1; l. 7 pr. § 1 D. de exc. 44. 1. Büchel a. a. O. S. 122—124, Dernburg I § 73. Vgl. Seuff. Arch. XXIX. 119. Vgl. Note 8a und II § 477 Note 7—9.

[4] Vgl. l. 22 C. ad SC. Vell. 4. 29. Büchel a. a. O. S. 126—130, Dernburg I § 74.

[5] L. 5 pr. D. de pign. 20. 1, l. 13 § 5 eod., l. 14 eod., l. 5 § 1 D. quib. mod. pign. 20. 6. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 146—148. 161—166.

[6] Unter einer zukünftigen Forderung wird hier eine bloß zukünftige Forderung verstanden, d. h. eine Forderung, zu welcher noch nicht einmal der Grund gelegt ist, was bei der bedingten und befristeten Forderung allerdings der Fall ist — also z. B. die Forderung aus einem bloß verabredeten Darlehn. In diesem Sinne wird auch offenbar in l. 5 pr. D. de pign. 20. 1 die obligatio futura der obligatio in diem und sub condicione entgegengesetzt. „Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione . . sive pura est obligatio, vel in diem, vel sub condicione, et sive in praesenti contractu, sive etiam praecedat, sed et futurae obligationis nomine dari possunt“. Dagegen wird in l. 89 D. de V. O. 45. 1 (vgl. l. 76 § 1 eod.) freilich unter futura obligatio eine befristete Obligation verstanden, und gleicherweise könnte natürlich auch die bedingte Obligation eine futura obligatio genannt werden. Die Beschränkung des Ausdrucks auf den im Texte bezeichneten Fall empfiehlt sich durch die Betrachtung, daß für denselben Besonderes gilt, in Betreff nämlich des Ranges der Pfandrechte. Dernburg I § 68. 69, welcher dieß leugnet, gebraucht denn auch den Ausdruck in ganz allgemeinem Sinne. Sintenis Pfandrecht § 11 beschränkt ihn auf die befristeten Obligationen, Brinz 1. Aufl. S. 294. 295 auf diejenigen, von welchen er sagt: „innerhalb eines Contractes können sich Obligationen entwickeln, die möglicherweise auch ausbleiben, z. B. innerhalb des Darlehns (Zinsobligation) der Societät, Vormundschaft“; Regelsberger Altersvorzug der Pfandrechte § 11 u. Studien im deutsch. Hypothekenrechte S. 3 fg. fügt zu diesen Obligationen diejenigen hinzu, die von mir als künftige Obligationen be-

nicht ungültig[6a], aber ein Pfandrecht entsteht erst mit der Forderung[7]. — Daß die Forderung, für welche das Pfandrecht ent-

zeichnet werden. — Was die von Brinz und Regelsberger herausgehobenen Obligationen angeht, so sind dieselben (die Obligationen auf die einzelnen Leistungen, im Gegensatz zu der Gesammtobligation, vgl. II § 252 a. E.) meiner Ansicht nach entweder Obligationen mit bestimmter oder unbestimmter Befristung (sub die certo oder incerto), oder Obligationen mit einem nur im Allgemeinen bestimmten Leistungsinhalt, dessen nähere Bestimmung von der zukünftigen Gestaltung der Verhältnisse abhängt, so daß die Obligation auf die einzelne Leistung ihrem Wesen nach eine bedingte, nur die Bedingung keine äußerlich hinzugefügte, sondern aus dem Wesen des Rechtsverhältnisses sich ergebende, also eine s. g. condicio iuris ist. Vgl. übrigens auch Salkowski Novation S. 322 fg. Anm., und jetzt Brinz in Grünhut's Zeitschr. I S. 33 fg. und Pand. 2. Aufl. II § 352 Note 4, Bekker Aktionen II S. 253. 254.

[6a] Vgl. Seuff. Arch. I. 410, XII. 131.

[7] Dieß leugnet Dernburg I § 69 (vgl. Pand. I § 274), und nicht bloß für den bezeichneten Fall, sondern für das was er zukünftige Forderung nennt (Note 6) überhaupt, indem er die Behauptung aufstellt, daß ein Pfandrecht sehr wohl vor der Forderung, welcher es dienen soll, bestehen könne. Indem jedoch Dernburg hinzufügt (S. 526): „natürlich existirt ein solches Pfandrecht nur für den Fall des künftigen Entstehens der Pfandschuld", und bemerkt, bis dahin sei das Verhältniß „in pendenti", nimmt er seine Behauptung selbst wieder zurück, und als seine eigentliche Meinung stellt sich, wie mir scheint, heraus, daß das Bestehen der Forderung, welche durch das Pfandrecht versichert werden soll, für seine Existenz nicht begriffsmäßiges Erforderniß, sondern äußerlich hinzugefügte Bedingung sei, wie dieß denn auch die, obgleich weniger zuversichtlich vorgetragene, Meinung Fitting's (Rückziehung S. 42—44, krit. VJSchr. I S. 80. 81) ist, auf welchen sich Dernburg beruft, s. auch Bechmann Dotalrecht I S. 187—190. Ich halte auch diese Meinung, obgleich ich sie früher selbst geäußert habe (Arch. f. civ. Pr. XXXV S. 57), für unrichtig. Zwar wird sich unten (in diesem § Ziff. 2) zeigen, daß das römische Recht die Auffassung des Pfandrechts als eines seinem Begriff nach accessorischen Rechts nicht unbedingt durchgeführt hat; aber doch nur insofern nicht, als es unter Umständen Fortbestand des Pfandrechts auch nach Untergang seiner Forderung anerkennt. Davon, daß ein Pfandrecht als selbständiges Recht auch begründet werden könne, findet sich meines Wissens im römischen Rechte nicht die mindeste Spur. Gegen Dernburg und Fitting haben sich ausgesprochen Scheurl krit. Ueberschau V S. 31 u. krit. VJSchr. II S. 498. 499, Regelsberger Altersvorzug der Pfandrechte S. 19. Dagegen ist die Möglichkeit des Bestehens des Pfandrechts vor der Forderung wieder behauptet worden von Schott Jahrb. f. Dogm. XV S. 1 fg., von diesem Schriftsteller unter ausdrücklicher Betonung, daß das Pfandrecht von der Existenz der Forderung nicht in seiner Existenz abhängig sei, sondern nur in

stehen soll, klagbar sei, ist nicht erforderlich[8], obgleich andererseits nicht eine jede natürliche Verbindlichkeit für das Pfandrecht ausreicht[8a]. — Der Inhalt der Leistung, auf welche die Forderung geht, ist gleichgültig[9]. Schuldner der Forderung kann nicht bloß der Verpfänder sein, sondern auch ein Dritter[10].

2. Das Pfandrecht kann ohne Forderung nicht fortbestehen. Es genügt aber, wie für seine Entstehung, so auch für seinen Fortbestand eine natürliche Verbindlichkeit[11]. Und noch mehr: es kann auch vorkommen, daß die Forderung in jeder andern Beziehung abstirbt, und nur für das Pfandrecht fortdauert[12]. Der Gläubiger hat dann zum Zwecke der Realisirung seiner Forderung keine andere Macht als die Pfandrechtsmacht, seine Forderung ist in dem Pfandrecht aufgegangen. Sie wäre ganz untergegangen, wenn sie nicht mit einem Pfandrecht versehen wäre; das Pfandrecht schützt sie vor dem Untergang, soweit sein Bereich geht.

---

seiner Ausübung. Der Mittelpunkt der Argumentation Schott's ist, daß der Zweck der Obligation schon vor derselben bestehe (S. 5). Eine Widerlegung scheint mir nicht schwer, würde aber hier zu weit führen. Gegen Schott auch Karlowa Rechtsgeschäft S. 37 Anm. 1. — Uebrigens ist es eine andere Frage, ob nicht auch mit der hier vertretenen Auffassung die Annahme einer von der obligatorischen Gebundenheit unabhängigen Pfandgebundenheit verträglich ist; dieß ist die praktische Seite der Sache. S. darüber § 242 Note 8. Nur in diesem Sinne nimmt Brinz 1 Aufl. S. 294. 2. Aufl. II S. 859 fg. die Möglichkeit von rei obligatio auch vor Existenz der Forderung an (vgl. II S. 841. 842).

[8] L. 5 pr. D. de pign. 20. 1, l. 13 pr. D. de cond. ind. 12. 6, vgl. l. 14 § 1 D. de pign. 20. 1. Büchel civilrechtl. Erörterungen II. 1 S. 130—144. Gegen die Meinung, daß das für eine natürliche Verbindlichkeit bestellte Pfandrecht nur ein Retentionsrecht erzeuge (Francke civil. Abhandlungen S. 80 fg.), s. Büchel a. a. O. S. 144 fg., Vangerow I § 364 Anm. 2, Dernburg I § 72, Schwanert Naturalobligationen S. 210—213.

[8a] S. § 288 Note 4, § 289. — Für das durch einen Dritten bestellte Pfandrecht reicht die natürliche Verbindlichkeit dann nicht aus, wenn der Dritte einen Rückgriff gegen den Schuldner hat, und das Recht den Schuldner auch gegen indirecte Nöthigung zur Zahlung schützen will. L. 9 § 3 D. de SC. Mac. 14. 6.

[9] L. 9 § 1 D. de pign. act. 13. 7.

[10] L. 5 § 2 D. de pign. 20. 1.

[11] L. 14 § 1 D. eod.

[12] Das Nähere darüber unten § 249. Vgl. einstweilen l. 61 [59] pr. D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 38 § 5 D. de sol. 46. 3.

Mit anderen Worten: die Forderung dauert nicht bloß für das Pfandrecht fort, sondern auch durch das Pfandrecht; es ist nicht mehr die Forderung, welche die Grundlage für das Pfandrecht bildet, sondern das Pfandrecht bildet die Grundlage für die Forderung[13].

Bedenkt man das hier zuletzt Gesagte, so muß man zugestehen, daß das römische Recht die Auffassung des Pfandrechts als eines accessorischen Rechts nicht unversehrt durchgeführt hat[14]. Wenn es in den bezeichneten Fällen den Fortbestand der Forderung für das Pfandrecht annimmt, so thut es das nur im Interesse theoretischer Vermittelung; in der Wirklichkeit läßt es das Pfandrecht ohne Forderung fortbestehen. Auf diesem von dem römischen Rechte nur schüchtern betretenen Wege ist dann das moderne Hypothekenrecht in Anschluß an das Institut der Hypothekenbücher (§ 229) weiter gegangen. Nicht nur hat es das, was im römischen Recht für den Fortbestand der Hypothek nur in einzelnen Fällen anerkannt ist, zur Regel erhoben und die eingetragene Hypothek für unabhängig von jedem Schicksal, welches die Forderung als solche trifft, erklärt[15]; sondern es findet sich in neueren Gesetzen selbst der Satz anerkannt, daß auch die Entstehung einer Hypothek einer Forderung nicht bedarf[16], ein Satz, welcher im römischen Recht ohne den mindesten Anhalt ist[17]. In

[13] L. 61 [59] pr. cit.: „remanet . . propter pignus naturalis obligatio".

[14] So auch mit Entschiedenheit Brinz § 78. 82. 2. Aufl. II § 348, Bremer in der in Note 18 citirten Schrift S. 67 fg. S. auch Simon Arch. f. civ. Pr. XLI S. 56 fg. In anderen Darstellungen wird dieß nicht genügend beachtet. Vgl. Kuntze Heidelb. krit. Zeitschr. V S. 403—408.

[15] Vgl. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Gerber § 151, Beseler § 97 Nr. VII, Bluntschli § 100 Nr. 6, Stobbe II § 115. Preuß. Ges. vom 5. Mai 1872 § 57. „Das Hypotheken- und Grundschuld-Recht wird nur durch Löschung im Grundbuch aufgehoben".

[16] Die Mecklenburger revidirte Hypothekenordnung für Landgüter vom 18. October 1848 § 16 und die revidirte Stadtbuchordnung vom 21. December 1857 § 19 bestimmen, daß der Antrag auf Eintragung in das Hypothekenbuch „durch eine . . persönliche Verhaftung nicht nothwendig bedingt, vielmehr . . . dieserwegen Alles der Vereinbarung der Betheiligten überlassen" sei. Ebenso kann nach dem Preuß. Gesetz vom 5. Mai 1872 die Bewilligung zur Eintragung in das Grundbuch „mit Angabe eines Schuldgrundes geschehen (Hypothek), oder ohne Angabe eines Schuldgrundes (Grundschuld)".

[17] Ueber die Frage, ob nicht, und in welchem Umfange, das Pfandrecht

dieser Entwickelung hat das Pfandrecht (die Hypothek) die Natur eines accessorischen Rechts ganz abgestreift; es ist ein selbständiges Recht auf Aneignung eines bestimmten Theils des Vermögenswerthes einer Sache geworden[18].

§ 226.

Erleidet die Forderung, welche durch das Pfandrecht versichert ist, eine Veränderung, so folgt ihr das Pfandrecht in die neue Gestaltung[1]. Wird die Forderung vergrößert, so erstreckt sich das Pfandrecht auf den Zuwachs[2]. Wird sie verkleinert, so dauert das Pfandrecht unvermindert für jeden Rest derselben fort[3].

---

des älteren deutschen Rechts von der Forderung unabhängig gewesen sei, s. namentlich die Ausführungen von Meibom (§ 224 Note *) S. 273 fg. 409, welcher Schriftsteller die Frage für die ältere Satzung („die Satzung als Tauschgeschäft") bejaht, und über abweichende Ansichten die Citate das. S. 15. 16, Stobbe krit. VJSchr. IX S. 292—310, Beseler deutsch. Privatr. § 95, Gerber deutsch. Privatr. § 149, Goldschmidt Handelsrecht I § 87 Note 1.

[18] Die Hypothek (Grundschuld) kann, wie zu anderen Zwecken, auch zu dem Zweck der Versicherung einer Forderung verwendet werden; aber dann ist die Existenz der Forderung nicht Bedingung (condicio iuris), sondern Voraussetzung der Hypothek. — Hat aber die Hypothek in dieser Entwickelung nicht die Natur eines Rechts an der Sache ganz abgestreift und ist sie nicht zu einem Forderungsrecht gegen den jedesmaligen Eigenthümer des belasteten Grundstücks mit Beschränkung der Execution auf dieses Grundstück geworden (s. g. Realobligation)? Die Meinungen gehen sehr auseinander. Vertheidigt wird: die bloße Obligation, das dingliche Recht, eine Mischung von obligatorischem und dinglichem Recht. Vgl. Stobbe II § 109, Rudolph Arch. f. civ. Pr. LXVII S. 194 fg., jetzt noch Skonietzki Gruchot's Beitr. XXVII S. 532 fg. — Ueber die neuere Entwickelung des Hypothekenrechts überhaupt vgl. den Aufsatz von P. Roth krit. VJSchr. XXI S. 15 fg. (1879).

[1] So namentlich, wenn sie sich in eine Forderung auf Interesse verwandelt. § 226.

[2] So namentlich auf Verzugszinsen, Ortsinteresse. L. 8 § 5 D. de pign. act. 13. 7.

[3] L. 6 C. de distr. pign. 8. 27 [28], l. 85 § 6 D. de V. O. 45. 1, l. 19 D. de pign. 20. 1. Daher ist es auch gleichgültig für das Pfandrecht, daß die Obligation durch Erbgang sich in mehrere Obligationen spaltet; für jede neue Obligation besteht ein gleiches Pfandrecht fort, l. 8 § 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 25 § 14 D. fam. erc. 10 2, l. 16 C. de distr. pign. 8. 27 [28] l. 1 C. si unus ex plur. 8. 31 [32], vgl. l. 2 eod., l. 1 C. de luit. pign. 8. 30 [31]. S. g. Untheilbarkeit des Pfandrechts. Vgl. Wächter Arch. f. civ. Pr. XXVII, S. 188 fg., Sintenis I § 67 Note 6, Dernburg II § 82—84,

Tritt zu der versicherten Forderung eine andere Forderung als Nebenforderung hinzu, so erstreckt sich das Pfandrecht auch auf diese[4], vorbehaltlich jedoch der Auslegung des Verpfändungswillens, welcher auch auf das Gegentheil gerichtet sein kann[5]. Aus dem Verpfändungswillen ist auch zu entscheiden, inwiefern das Pfand haftet, wenn aus dem Geschäfte, bei welchem das Pfand gegeben worden ist, eine andere als die eigentlich beabsichtigte Obligation entsteht[6].

III. Gegenstand des Pfandrechts*.

§ 226a.

Den Gegenstand des Pfandrechts können alle Sachen bilden, welche dem Verkehre nicht entzogen sind (§ 147)[1], bewegliche sowohl wie unbewegliche, selbst solche, deren Gebrauch in ihrem Verbrauche besteht[2]. Auch an einem Bruchtheil einer Sache ist ein

---

Siebenhaar Correalobligat. S. 154 fg., Bremer (§ 225 Note 13) S. 34 fg.

[4] So namentlich auf die durch das Pfandrecht selbst hervorgerufenen Forderungen, z. B. wegen Verwendungen, die auf die Pfandsache gemacht worden sind, wegen der Kosten der Proceßverfolgung und des Pfandverkaufs. L. 8 § 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 6 C. de pign. 8. 13 [14]. Dernburg I S. 551, Scheurl krit. VJSchr. II S. 507.

[5] Von demjenigen, welcher ein Pfandrecht für eine Kapitalschuld bestellt, ist im Zweifel anzunehmen, daß er dasselbe Pfandrecht auch für die Zinsen habe bestellen wollen, freilich auch nur im Zweifel. L. 8 § 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 18. 20 D. qui pot. 20. 4, l. 4 C. de usur. 4. 32. S. andererseits l. 11 § 3 D. de pign. act. 13. 7, l. 13 § 6 D. de pign. 20. 1. Bachofen S. 593 fg., Dernburg I S. 555—557.

[6] Z. B. wenn aus einem Darlehnsgeschäft statt der vertragsmäßigen Darlehnsobligation nur eine Obligation wegen ungerechtfertigter Bereicherung entsteht. Vgl. l. 56 § 2 D. de fidei. 46. 1 und Dernburg I § 75.

* Sintenis § 12—23, Dernburg I § 54—65. Glück XIX S. 199 fg.

§ 226a. [1] L. 3. 6 C. quae res pign. 8. 16 [17]. Dernburg I S. 426—428.

[2] Auch an Geld ist ein Pfandrecht möglich, l. 34 § 2 D. de pign. 20. 1, l. 7 § 1 D. qui pot. 20. 4. Dasselbe dauert natürlich nur so lange, als die verpfändeten Geldstücke aufgefunden werden können. Können sie aufgefunden werden, so darf der Pfandgläubiger sich in den Besitz derselben setzen, und sie sich zu seiner Befriedigung aneignen; der Verkauf fällt hier der Natur der Sache nach weg. Ebenso wenn der Gläubiger sogleich bei der Verpfändung in den Besitz derselben gesetzt worden ist. Vgl. L. Pfaff in der unten in dieser Note citirten Schrift S. 12 fg. — Geld kann aber auch in der Weise

Pfandrecht möglich; in diesem Falle haftet der Körper der Sache ganz (§ 140), und hört dadurch nicht auf, ganz zu haften, daß er zwischen den mehreren Miteigenthümern getheilt wird[3]. Wird

verpfändet werden, daß es zu Eigenthum übertragen wird, so z. B. bei der Bestellung einer Caution. In diesem Fall ist immerhin ein Pfandrecht vorhanden; aber freilich kein Pfandrecht an fremder Sache. Vgl. § 224 Note 2 a. E. und über den genannten Fall insbesondere Gesterding Ausbeute IV S. 7 fg., Dernburg I S. 429. 430, L. Pfaff Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung, insbesondere das s. g. pignus irregulare (Wien 1868), Exner Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 173 fg., Hanausek uneigentl. Nießbrauch S. 165 fg. Pfaff (zustimmend Hofmann krit. VJSchr. XII S. 542 fg., Strohal Grünhut's Zeitschr. VII S. 410 fg.) und Exner construiren das Rechtsverhältniß in einer m. E. wenig natürlichen und dem Parteiwillen nicht entsprechenden Weise; Pfaff nimmt Pfandrecht an der gegen den Pfandgläubiger selbst begründeten Forderung, Exner Pfandrecht an dem Leistungsobject dieser Forderung an — die letzte Annahme ist sogar mehr als unnatürlich, sie ist unmöglich, da sie zu einem dinglichen Recht an einer generisch bestimmten Sache führt. Nach meiner Ansicht ist der Pfandgläubiger, wenn er für seine Fordernng nicht befriedigt wird, einfach deßwegen nicht verpflichtet zur Rückgabe der ihm gezahlten Geldsumme, weil der mit ihm abgeschlossene Vertrag ihn nur für den Fall hat verpflichten wollen, daß er befriedigt werden sollte. Wird er nicht befriedigt, so ist er ebenso wenig verpflichtet, wie in diesem Fall der Empfänger einer fiducia verpflichtet war. Vgl. auch l. 16 D. de solut. 46. 3: — „Si quis, qui sub condicione pecuniam promisit, dedit eam ea condicione, ut, si condicio exstitisset, in solutum cederet, existente condicione liberari eum . .". Hanausek a. a. O. wendet gegen diese Construction ein, daß danach der die Caution Zurückfordernde beweisen müsse, daß der Cautionsempfänger befriedigt sei. Muß nicht etwa auch bei der actio pigneraticia der Kläger die Befriedigtheit des Gläubigers beweisen? Freilich, wenn der Cautionsempfänger behauptet, daß ihm durch den Cautionsbesteller ein Schaden zugefügt worden sei, so muß dafür er den Beweis führen. Hanausek (gegen ihn Strohal a. a. O.) construirt seinerseits den Vorgang auf Grund eines „pactum de compensando". Das heißt doch nichts Anderes, als daß der Cautionsbesteller für den Fall der Existenz einer Forderung des Cautionsempfängers auf seine Forderung gegen denselben verzichtet hat. Also im Wesentlichen das Gleiche wie hier, nur mit unnöthiger Hineinziehung des doch nicht durchweg passenden Compensationsbegriffes.

[3] L. 7 § 4 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 3 § 2 D. qui pot. 20. 4, l. 6 § 8 D. comm. div. 10. 3, l. un. C. si comm. res 8. 20 [21]. Dernburg I § 55. Vgl. Seuff. Arch. X. 236, XXXVI. 266. Bremer (§ 225 Note 18) S. 31 fg. 36 ist der Meinung, daß in dieser Weise nur der Theileigenthümer, nicht der Volleigenthümer verpfänden könne; dagegen mit Recht Hofmann krit. VJSchr. XII S. 541, Exner Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 63. —

ein Pfandrecht an einer Sachgesammtheit begründet, so ist es möglich, daß dasselbe die Gesammtheit in ihrem Bestande zur Zeit der Begründung oder daß es sie in ihrem jeweiligen Bestande ergreife; im ersten Fall haftet das zu der Gesammtheit später Hinzugefügte nicht, während das von derselben Ausgeschiedene fortfährt zu haften, im zweiten Fall haftet das neu Hinzugefügte und das Ausgeschiedene tritt, vorausgesetzt daß es nach der Bestimmung der Sachgesammtheit ausgeschieden wird, aus der Verhaftung heraus. Ob das Eine oder das Andere der Fall sei, ist nach der Natur der Sachgesammtheit, ob sie nämlich zum Wechsel bestimmt ist oder nicht, und nach dem durch Auslegung zu bestimmenden Inhalt des Verpfändungswillens zu entscheiden[4].

Mit der Pfandsache haftet[5] Alles, was mit derselben zu einem Ganzen verbunden ist[6]; ferner haften mit derselben die

---

Nicht zu verwechseln mit dem Pfandrecht am Bruchtheil einer Sache ist das Pfandrecht an einer Sache zu einem Theil ihres Werthes, d. h. mit der Maßgabe, daß der Pfandgläubiger nur einen Theil des durch den Verkauf der Sache zu gewinnenden Preises sich solle aneignen dürfen. F. P. Bremer a. a. O. S. 39 fg. spricht in diesem Fall von einem Pfandrecht an einer Werthsquote (Verpfändung einer Werthsquote) — nicht glücklich, da durch diese Bezeichnung der (von Bremer nicht ausdrücklich zurückgewiesene) Irrthum nahe gelegt wird, als sei in diesem Falle auch die Abforderungs- und Verkaufsmacht des Pfandgläubigers eine beschränkte, was eben nicht der Fall ist. G. Buchka die Hypothek des Eigenthümers (1875), bemerkt von diesem Fall, es bestehe nur eine obligatorische Verpflichtung des Pfandgläubigers, dem Eigenthümer den überschießenden Theil herauszugeben, und das wird richtig sein.

[4] Beispiele: Jemand verpfändet sein Waarenlager, seine Heerde, seine Bibliothek, sein Mobiliar, sein Silbergeräth. Entscheidungen der Quellen: l. 13 pr. l. 34 pr. D. de pign. 20. 1. Die Meinungen gehen hier auseinander. Vgl. Sintenis Pfandr. S. 467—470, Wächter Erörterungen I S. 20—23, Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 252. 253, Vangerow I § 369 Anm. 3, Dernburg I § 59, Göppert über einheitliche und zusammengesetzte ꝛc. Sachen S. 59 fg., Seuff. Arch. XV. 187.

[5] Vgl. zu dem Folgenden Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 246 fg., Dernburg I § 56—58.

[6] So haftet namentlich mit dem verpfändeten Grundstück das auf demselben errichtete Gebäude (l. 29 § 2 l. 35 D. pign. 20. 1, l. 21 D. de pign. act. 13. 7), und was durch Anschwemmung zu demselben hinzugefügt wird (l. 16 pr. D. de pign., l. 18 § 1 D. de pign. act.). Wird das Verbundene

ihr anklebenden Rechte[7], ihre Zubehörungen[8], und[9] ihre Früchte[10], die letzteren jedoch nur, wenn sie mit ihrer Entstehung (Trennung von der Hauptsache) in das Eigenthum des Verpfänders gelangen[11].

---

von der verpfändeten Hauptsache wieder getrennt, so fährt es fort zu haften, wenn das an ihm mit der Trennung wieder in Kraft tretende Eigenthum an den Eigenthümer der Hauptsache fällt und die Verbindung mit dessen Willen bestanden hat; sonst scheidet es aus dem Pfandrechte aus. Vgl. § 175a Note 2. Seuff. Arch. XXXIX. 9. Entsch. d. RG. XII S. 157.

[7] L. 16 D. de serv. 8. 1, l. 9 D. de O. N. N. 39. 1.

[8] Vgl. Dernburg I S. 435. 436.

[9] Ueber die Frage inwiefern sich das Pfandrecht auf die Früchte der verpfändeten Sache erstreckt, gibt es besondere Abhandlungen von: Warnkönig Arch. f. civ. Pr. XXII S. 395 fg. (1839), Francke das. XXX S. 151 fg. (1847), Jancke das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers S. 193 fg. (1862, darüber Demelius krit. VJSchr. IV S. 302 fg.), Göppert die organischen Erzeugnisse S. 371—405 (1869, darüber Hartmann krit. VJSchr. XI S. 524 fg.). Vangerow I § 370 Anm.

[10] In l. 3 C. ex quib. caus. pign. 8. 14 [15] wird dieß auf eine „tacita conventio" zurückgeführt; jedenfalls muß das Gleiche auch für das nicht vertragsmäßige Pfand gelten. Vgl. außer l. 3 C. cit. noch l. 29 § 1 l. 26 § 2 D. de pign. 20. 1, l. 1 C. de partu pign. 8. 24 [25]. Widersprechend ist eine Stelle aus den sententiae des Paulus, II. 5 § 2: „Fetus vel partus eius rei, quae pignori data est, pignoris iure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit". Für das Justinianische Recht verschlägt diese Stelle natürlich nichts; wie sie mit den Grundsätzen des classischen Rechts zu vereinigen sei, darüber s. Huschke Studien I S. 371 und Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 263, Bachofen S. 146. 154, Dernburg I S. 441, Scheurl krit. VJSchr. II S. 486, Schlayer Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 87 fg., Göppert S. 376 fg., Hartmann S. 525. — Bachofen a. a. O. nimmt an, die Erstreckung des Pfandrechts auf die Früchte gelte nicht für (Sclavenkinder und) Thierjunge. Noch Andere leugnen die Erstreckung auf die Früchte ganz und lassen die Früchte nur als mögliche Nebengegenstände der Condemnation bei der hypothekarischen Klage in Betracht kommen, so Warnkönig a. a. O., Jancke a. a. O., Puchta § 203. f. — Fructus civiles: Seuff. Arch. XXX. 125.

[11] L. 29 § 1 D. de pign. 20. 1. „Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem iure habenda sunt. Quod tamen diximus, etiam agnata teneri, sive specialiter de his convenerit sive non, ita procedit, si dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit vel heredem eius. Ceterum si apud alium dominum pepererint, non erunt obligata". Vgl. l. 1 § 2 D. de pign. 20. 1. Vom Eigenthum des Verpfänders an den Früchten kann natürlich nur die Rede sein, wenn die Früchte von der Hauptsache getrennt sind (§ 144 z. A.); nach einer andern Meinung soll es aber genügen, daß der Verpfänder Eigenthümer

Dagegen haftet mit der Pfandsache nicht, was sonst auf Grund des Eigenthums an derselben erworben wird, wie die im Fluß entstandene Insel und das verlassene Flußbett[12]. Wird die verpfändete Sache von einer auf derselben liegenden Last befreit, so gereicht dieß dem Pfandgläubiger zum Vortheil, wenn die Last kraft rechtlicher Nothwendigkeit, nicht wenn sie durch den Willen des Berechtigten erlischt[13].

§ 227.

Von den körperlichen Sachen ist das Pfandrecht auf alle anderen Vermögensstücke erstreckt worden, welche wie jene einen Verkaufswerth haben[1]. So namentlich[1a] auf die Forderungsrechte[2], ferner auf die Emphyteusis und die Superficies[3], und

---

der Hauptsache zu der Zeit gewesen ist, wo die Früchte mit der Hauptsache noch verbunden waren. Diese Meinung ist von Huschke Studien I S. 368 fg. vertheidigt worden, später hat derselbe sie auf Sclavenkinder beschränkt (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 264 fg.); so auch Dernburg I S. 446 fg. Gestützt wird diese Meinung auf l. 18 § 2 D. de pign. act. 13. 7 und l. 1 pr. D. de Salv. int. 43. 33. Ueber andere Erklärungen dieser Stellen s. Francke Arch. f. civ. Pr. XXX S. 173—180, Vangerow a. a. O. (S. 827 der 7. Aufl.). Gegen die ganze Beschränkung (Eigenthum des Verpfänders an der Hauptsache bei oder vor Trennung der Frucht) erklärt sich Göppert a. a. O. nach seiner Grundanschauung, daß die Frucht auch nach der Trennung als gewesener Theil der Hauptsache rechtlich in Betracht komme. Vgl. § 144 Note 3. Es ist ihm nicht gelungen, l. 29 § 1 cit. zu beseitigen. Dagegen auch Hartmann a. a. O.

[12] Arg. l. 9 § 4 D. de usufr. 7. 1, l. 3 § 2 D. de aqua 43. 20 (wo statt „fundo tuo" zu lesen ist: „fundo meo"). Hierher gehört auch der Schatz.

[13] In l. 18 § 1 D. de pign. act. 13. 7 heißt es: „Si nuda proprietas pignori data sit, ususfructus, qui postea accreverit, pignori erit". Wie aber, wenn der Eigenthümer den Nießbrauch zurückkauft, oder auch wenn er ihm vom Nießbraucher schenkungsweise zurückübertragen wird? Offenbar hat die Stelle nur den Fall im Auge, wo der Nießbrauch kraft seiner Natur, durch Tod oder Verjährung (capitis diminutio), untergeht und an das Eigenthum zurückfällt. A. M. Dernburg Pand. I § 273 Note 5.

§ 227. [1] L. 9 § 1 D. de pign. 20. 1. „Quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest". Vgl. übrigens über diese Stelle Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 181. Ueber den Begriff des Rechts am Recht im Allgemeinen s. § 48a.

[1a] Ueber Pfandrecht an Rechten neueren Ursprungs s. Dernburg I § 64, Kohler Patentrecht S. 166 fg.

[2] L. 7 C. de H. v. A. V. 4. 39, l. 4 C. quae res pign. 8. 16 [17].

endlich auf den Nießbrauch[4], welcher, wenn auch nicht dem Rechte, doch der Ausübung nach veräußert werden kann, nicht aber auf das Gebrauchsrecht und die Grunddienstbarkeiten, bei denen auch dieses Letztere nicht möglich ist[5]. Der Pfandgläubiger hat in diesen Fällen im Wesentlichen die gleichen Rechte, wie wenn ihm eine körperliche Sache verpfändet worden ist, Verkaufs- und Besitzesrecht. Das Nähere darüber unten § 239.

Aber bei Forderungsrechten beschränkt sich hierauf der In-

[3] L. 16 § 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 13 § 3 l. 31 D. de pign. 20. 1, l. 15 D. qui pot. 20. 4, l. 1 § 6 D. de superfic. 43. 18 (vgl. § 223 Note 7). — Es findet sich die Behauptung, daß durch die Verpfändung der Emphyteusis und der Superficies nicht sowohl ein Pfandrecht an dem Rechte, als vielmehr ein Pfandrecht an der Sache selbst entstehe (dafür namentlich Dernburg I § 26, ebenso Büchel civilrechtl. Erörterungen I. 3 S. 121—126 und zweite Aufl. I S. 435. 436, Exner Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 75 fg. (vgl. Note 7), krit. VJSchr. XX S. 406; dagegen Hepp Arch. f. civ. Pr. XV S. 81—83, Sohm die Lehre vom subpignus S. 33 fg., F. P. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte S. 40 fg. 183 fg.; vgl. noch Bekker krit. VJSchr. VI S. 481, Arndts Rechtslexicon III S. 856. Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III S. 285, Hartmann Rechte an fremder Sache S. 23 fg.). Wenn man sich für diese Behauptung darauf beruft, daß es in den Quellen geradezu heiße, der Emphyteuta und der Superficiar könne die Sache verpfänden, so könnte man mit demselben Argument auch darthun, daß der Emphyteuta und der Superficiar die Sache veräußern, d. h. Eigenthum an derselben übertragen könne. S. § 219 Note 5, § 223 Note 7. Natürlich aber geben auch diejenigen, welche Sachpfandrecht annehmen, dem Pfandgläubiger kein anderes Recht, als das Recht, die Sache zum emphyteutischen oder superficiarischen Recht zu veräußern. So ist die Frage lediglich eine Frage der Construction. Nach dem § 48a a. E. Gesagten hat das Pfandrecht zum unmittelbaren Gegenstand das Recht, durch das Recht aber zum Gegenstand auch die Sache. Nimmt man an, daß der Pfandgläubiger nicht sowohl die bestehende Emphyteuse oder Superficies übertragen, als vielmehr eine neue Emphyteuse oder Superficies an der Sache begründen könne, so ist auch der unmittelbare Gegenstand seines Rechts die Sache. Vgl. Note 7.

[4] L. 11 § 2 l. 15 pr. D. de pign. 20. 1, l. 8 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6.

[5] Vgl. Vangerow I § 367 Anm. Nr. I, Dernburg I § 62. Ueber die Verpfändbarkeit der habitatio wird gestritten, Vangerow a. a. O., Dernburg I S. 488. Ueber die Verpfändung von Rechten an fremder Sache überhaupt s. die Abhandlungen von Hepp Arch. f. civ. Pr. XIII S. 343 fg. und XV S. 79 fg. (1830. 1832), Büchel civilrechtl. Erörterungen I Nr. 3 (1834, 2. Aufl. 1847), Lang Arch. f. civ. Pr. XXIX S. 307 fg. (1846), Reinh. Schmid Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. V S. 324 fg. (1848).

halt des Pfandrechts nicht. Forderungsrechte gewähren dem Pfandberechtigten noch einen anderen, ja näher liegenden Weg, sich Befriedigung zu verschaffen, als durch ihren Verkauf, nämlich durch ihre Einziehung. Und so ist demjenigen, welcher ein Pfandrecht an einer Forderung hat, diese Befugniß ebenfalls zugestanden worden[6].

Auf diesem Wege weiter gehend erhält man auch die Möglichkeit eines Pfandrechts an einem Pfandrechte. Ein Pfandrecht kann als solches (ohne seine Forderung) nicht verkauft werden; aber auch ohne seinen Verkauf kann sich ein Gläubiger durch dasselbe verschaffen, was er zu fordern hat, durch seine Ausübung nämlich. So besteht der Inhalt des Pfandrechts am Pfandrechte lediglich in der Befugniß, dasselbe statt des Berechtigten geltend zu machen.

Das Pfandrecht behält in allen diesen Fällen die gleiche wirthschaftliche Natur; es ist ein Recht eines Gläubigers, sich für seine Forderung aus dem Pfandobject durch eigene Macht Befriedigung zu verschaffen, nur nehmen die juristischen Mittel, durch welche diese Befriedigung erreicht wird, theilweise eine andere Gestalt an[7]. Ein dingliches Recht aber ist das Pfand-

---

[6] Das Nähere hierüber s. unten § 239. Daselbst (Note 12. 12a) auch über den Fall, wo der Pfandberechtigte selbst Schuldner in der verpfändeten Forderung ist.

[7] Es ist eine sehr nahe liegende Frage, ob nicht die Definition des Pfandrechts von vornherein so gestellt werden soll, daß sie die bezeichneten Eigenthümlichkeiten des Forderungs- und des Afterpfandrechts mit umfaßt. Diese Frage wird bejaht in zwei neueren Schriften: R. Sohm die Lehre vom subpignus (1864), und F. P. Bremer das Pfandrecht und das Pfandobject (1867 — vgl. über diese Schrift Hofmann krit. VJSchr. XII S. 524 fg.). Sohm definirt das Pfandrecht als „das mit unmittelbarer Macht über ein Object ausgerüstete Recht auf denjenigen Theil des Vermögenswerthes, der zur Befriedigung einer dem Pfandberechtigten zustehenden Forderung hinreicht" (S. 12. 13). Bremer setzt die Macht des Pfandgläubigers darein, daß er „sich den Werth des Pfandobjectes in Anrechnung auf eine ihm zustehende Forderung aneignen (dürfe)". Wenn man sich darüber hinwegsetzt, daß das Recht nicht in gleichem Sinne Gegenstand des Pfandrechts ist, wie die Sache (§ 48a Note 4), so will ich die Berechtigung dieser Begriffsbestimmungen, von denen die letztere auch der in § 226a Note 2 bezeichneten Eigenthümlichkeit des Pfandrechts an baarem Geld Rechnung trägt, nicht in Abrede stellen, glaube aber, daß es jedenfalls für den Lehrvortrag besser ist,

recht an einem Rechte nur dann, wenn das Recht selbst ein dingliches ist[8].

bei der hergebrachten Art und Weise der Darstellung stehen zu bleiben, und von dem immerhin hauptsächlichen Fall des Pfandrechts an körperlichen Sachen als Normalfall auszugehen. — Uebrigens scheint es mir irreführend, wenn Sohm die oben genannte Macht des Pfandgläubigers nur als „den Inhalt" des Pfandrechts bezeichnet, und von diesem Inhalt die „Form" des Pfandrechts unterscheidet, welche nach Verschiedenheit des Pfandobjects verschieden sei. S. dagegen auch Bekker krit. VJSchr. VI S. 474 fg., Bremer a. a. O. S. 28 fg. 81 fg., Mansbach Nießbrauch an Forderungen S. 27. — Bremer erzielt dadurch eine noch größere Vereinfachung des Begriffs, daß er auch das Pfandrecht an körperlichen Sachen als Pfandrecht an einem Rechte, dem Eigenthumsrechte, bezeichnet; übereinstimmend Hofmann a. a. O. S. 527 fg., Pfaff pignus irregulare S. 13, Siebenhaar Correalobl. S. 154 fg. Dieser Auffassung wird, was das Veräußerungsrecht des Pfandgläubigers angeht, nicht entgegengetreten werden dürfen, sobald man nämlich auch die Veräußerung durch den Eigenthümer als Uebertragung, nicht als Neubegründung, des Rechts faßt (§ 64 Note 6), und es wird nur darauf hingewiesen werden dürfen, daß in der Veräußerung des Eigenthumsrechts der Wille des Pfandgläubigers sich mittelbar auch für den Körper der Sache geltend macht. Nicht gehörig beachtet ist aber in jener Auffassung das Besitzesrecht des Pfandgläubigers; in diesem Recht macht sich der Wille des Pfandgläubigers für den Körper der Sache in aller Unmittelbarkeit geltend. Bremer sucht zwar die Bedeutung dieses Besitzesrechtes dadurch abzuschwächen, das er dasselbe dem Pfandgläubiger nur zum Zweck der Veräußerung einräumt. Aber ich halte dieß nicht für richtig, wie es denn jedenfalls mit der geschichtlichen Entwickelung der römischen hypotheca in entschiedenem Widerspruch steht; und wenn es richtig wäre, so wäre es nicht weniger wahr, daß in dem Besitzesrechte, so weit es reicht, der Wille des Pfandberechtigten unmittelbar entscheidend ist für den Körper der Sache. — In geradem Gegensatz zu Bremer sucht Exner in seiner Schrift „Kritik des Pfandrechtsbegriffs nach römischem Recht" (Leipzig 1873) auszuführen, daß das Pfandrecht nie ein Recht am Rechte sei, auch nicht dasjenige Pfandrecht, welches man gewöhnlich so nennt. Ich halte aber seine Ausführungen nicht für überzeugend. Vgl. zu denselben die 4. Auflage und: Bekker krit. VJSchr. XV S. 540 fg., Pfaff Grünhut's Zeitschr. I S. 53 fg., Hanausek uneigentlicher Nießbrauch S. 43 fg., Strohal Grünhut's Zeitschr. VII S. 404 fg. — S. jetzt auch Dernburg Pand. I § 261 Note 2.

[8] Weil nur in diesem Falle der Wille des Pfandberechtigten (mittelbar) maßgebend für eine Sache ist (vgl. § 38. 48a). Vgl. über diese Frage einerseits Bremer a. a. O. S. 80 fg., Hofmann a. a. O. S. 529 — andererseits Bürkel krit. VJSchr. XI S. 218 fg., Exner a. a. O. S. 22, Mansbach Nießbrauch an Forderungen S. 5 fg. Pfaff pignus irregulare S. 14 lehrt, das Pfandrecht am Rechte sei kein dingliches, aber ein absolutes Recht; dagegen Exner a. a. O. S. 23 fg.

Von einem Pfandrechte an Rechten kann übrigens noch in einem ganz anderen Sinne, als in dem hier entwickelten, geredet werden, nämlich in dem Sinne[9], daß der Pfandgläubiger die Befugniß hat, nicht ein bestehendes Recht der bezeichneten Art zu übertragen, sondern ein noch nicht bestehendes neu zu begründen. Ein Pfandrecht dieses Inhalts hat das römische Recht zwar nicht an Forderungsrechten und an Pfandrechten[9a], wohl aber an den übrigen Rechten an fremder Sache anerkannt[10]. Den wirk-

[9] Vgl. über diesen in der neueren Zeit viel besprochenen Fall: Büchel a. a. O. S. 74—95. 2. Aufl. S. 425—429, v. d. Pfordten Arch. f. civ. Pr. XXII S. 24 fg. (1839), Zachariae v. Lingenthal über die Unterscheidung zwischen servit. rusticae u. urbanae S. 31—58 (1844), Rudorff krit. Jahrb. f. RW. XV S. 323—326, Lang a. a. O. S. 317 fg., Schmid a. a. O. S. 327—364, Elvers Servitutenlehre § 38, Keller Jahrb. d. gem. R. II S. 212 fg. (1858), Dernburg I § 63, Cohnfeldt die s. g. irregulären Servituten nach R. R. S. 87—98 (1826), Vangerow I § 367 Anm. Nr. II, Göppert Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 289 fg. (1866), F. P. Bremer das Pfandrecht und das Pfandobject (1867) S. 127 fg. 194 fg., Kohler pfandrechtliche Forschungen S. 36 fg. 261 fg. (1882).

[9a] Vgl. jedoch Kohler a. a. O. S. 1—36.

[10] Speciell genannt werden der Nießbrauch (l. 11 § 2 l. 15 pr. D. de pign. 20. 1) und die Felddienstbarkeiten (l. 12 D. eod.). In Betreff des Gebrauchsrechts s. Vangerow a. a. O. Nr. II. 3, Bremer S. 206. Was die Gebäudedienstbarkeiten angeht, so schließt die herrschende Meinung dieselben aus, auf Grund von l. 11 § 3 D. de pign. Aber die inneren Gründe, welche man für den Ausschluß angibt (s. darüber Vangerow a. a. O. Nr. II. 2, Elvers S. 342 fg., Dernburg S. 497, Hölder Arch. f. civ. Pr. LXIII S. 113 fg., vgl. Kohler S. 271 fg.), befriedigen sämmtlich nicht, wenigstens für das neuere Recht nicht, s. auch Arndts § 367 Anm. Nr. 2. d, Keller a. a. O. S. 217. So liegt die Erklärung nahe, welche nach dem Vorgange Aelterer wieder v. d. Pfordten a. a. O. vertritt, daß die l. 11 § 3 cit. nur die Möglichkeit der Verpfändung einer bestehenden Gebäudedienstbarkeit, dieselbe beispielsweise nennend, leugne. Bedenklicher ist es, diese Erklärung auch für den Zusammenhang der Justinianischen Compilation festzuhalten, wo die Erklärung der l. 12 cit. hinter l. 11 § 3 Absicht zu verrathen scheint. Doch ist es auch möglich, daß die Compilatoren ohne alle Absicht einfach das Material haben zusammenstellen wollen, und ich entschließe mich lieber zu dieser Annahme, als zu der Annahme einer Unerklärlichkeit. Eine ausführliche Dogmengeschichte der Ansichten über das Verhältniß der genannten Stellen findet sich in der Schrift von Fr. Piccinelli il pegno di servitù prediale, Firenza 1884, welcher Schriftsteller seinerseits der Ansicht ist, die l. 11 § 3 cit. verbiete nicht die Verpfändung von Gebäudedienstbarkeiten, sondern wolle nur hervorheben, daß bei ihnen das Interesse der Verpfändung

lichen Gegenstand eines solchen Pfandrechts bildet jedoch nicht das Recht, sondern allein die Sache; der Pfandgläubiger hat über die Sache rechtliche Macht, insofern er den Willen eines Andern zum entscheidenden Willen für sie machen, und zu diesem Ende, so weit es nöthig ist, auch den Besitz derselben einfordern kann[11].

---

nicht gleich groß sei, wie bei den Felddienstbarkeiten (p. 73). — Noch Andere (namentlich Zachariae von Lingenthal a. a. O. S. 52, ferner Elvers S. 342, Dernburg S. 396) lassen eine Verpfändung des nicht bestehenden Rechts auch nicht bei allen Felddienstbarkeiten, sondern nur bei den Wege- und Wasserleitungsgerechtigkeiten zu, während Keller a. a. O. die l. 12 cit. so interpretirt, daß sie auch für die letzteren nicht von einer Verpfändung der bezeichneten Art, sondern von einem eventuellen Verkauf an den Pfandgläubiger sprechen würde (dawider Dernburg I S. 495 Note 12, Cohnfeldt a. a. O. S. 90—92, Vangerow a. a. O. Nr. II. 1 a. E., Bremer S. 128. 194, Göppert S. 299 fg., zustimmend Kindervater Jahrb. d. gem. R. VI S. 129. 130). Auch Eisele Arch. f. civ. Pr. LXV S. 113 fg. versteht die l. 12 cit. nicht von einer Verpfändung der hier bezeichneten Art, sondern von der Verpfändung einer bestehenden Servitut in der Weise, daß der Pfandgläubiger sie an den Eigenthümer der dienenden Sache solle verkaufen dürfen.

[11] Die Frage, ob es nicht das Recht des Verpfändenden sei, welches der Pfandgläubiger veräußere, fällt hier von selbst weg. — Mit der Verpfändung kann eine sofortige faustpfandweise Einräumung des Genusses des verpfändeten Rechts verbunden werden, l. 12 D. de pign. 20. 1. — Die hier vertretene Ansicht, nach welcher eine Verpfändung eines noch nicht bestehenden Rechts an fremder Sache dem Pfandgläubiger nur die Macht gibt, ein Recht an der Sache für einen Andern zu begründen, ist seit den Ausführungen Büchel's (Note 9) die herrschende. Früher war die herrschende Ansicht die, daß der Pfandgläubiger selbst das Recht erwerbe, und das erworbene Recht veräußern dürfe. Diese Ansicht wird auch jetzt noch festgehalten (für Felddienstbarkeiten) von Puchta § 178. k, während Dernburg und Göppert zwar den Pfandgläubiger das verpfändete Recht erwerben lassen, aber die Verkaufsbefugniß desselben anders fassen. Dernburg: der Pfandgläubiger habe die Verkaufsbefugniß nur kraft ausdrücklicher Einräumung, und er übertrage bei Grunddienstbarkeiten nicht das erworbene Recht, sondern begründe ein anderes Recht gleichen Inhalts; Göppert (welcher nur von Grunddienstbarkeiten handelt): der Pfandgläubiger dürfe nach Fälligkeit der Forderung das herrschende Grundstück mit der ihm anklebenden Dienstbarkeit veräußern, während eine Veräußerung des herrschenden Grundstücks vor Fälligkeit der Forderung die Grunddienstbarkeit auf den Käufer nicht übertrage. Gegen Dernburg: Vangerow I S. 807. 808 in der 7. Aufl., Bremer S. 195 fg.; gegen Göppert Bremer S. 196 fg., für denselben Skonietzki Grünhut's Beiträge XXVII S. 503 fg. Unter denjenigen, welche im Uebrigen mit uns gehen, gibt es dann noch solche, welche dem Pfandgläubiger nicht die actio

§ 228.

Wenn als möglicher Gegenstand des Pfandrechts auch das gesammte Vermögen bezeichnet wird, so ist das insofern unrichtig, als es ein Pfandrecht am Vermögen als solchem, als einem von seinen Bestandtheilen unterschiedenen Rechtsding, nicht gibt. Der wahre Kern jenes Satzes ist, daß ein Pfandrecht an den sämmtlichen zu einem Vermögen gehörigen Gegenständen auch ohne spezielle Bezeichnung derselben begründet werden kann, sei es unmittelbar durch gesetzliche Vorschrift, sei es durch den Willen des Herrn des Vermögens[1]. Für den letztern Fall stellt das römische Recht die Auslegungsregeln auf, daß die Verpfändung des gesammten Vermögens auch auf den zukünftigen Erwerb gehe[2], nicht aber auf diejenigen Gegenstände, von denen anzunehmen ist, daß der Eigenthümer sie speziell nicht verpfändet haben würde[3].

IV. Entstehung des Pfandrechts.

A. Von den Entstehungsgründen des Pfandrechts im Allgemeinen.

§ 229.

Das Pfandrecht kann entstehen durch die Willenserklärung des Eigenthümers, ferner unmittelbar durch Rechtssatz, endlich durch richterliche Verfügung. Ersitzung ist als Entstehungsgrund des

---

hypothecaria zugestehen, sondern nur possessorischen Schutz in dem Fall, wo ihm faustpfandweise der Genuß des Rechts eingeräumt worden ist, so Zachariae v. Lingenthal a. a. O. S. 33 und theilweise Schmid a. a. O. S. 349. 363, s. auch Bremer S. 79. Rudorff (a. a. O.), dem Cohnfeldt (a. a. O.) folgt, gibt dem Pfandgläubiger, selbst was den Käufer angeht, keine andere Befugniß, als die, demselben Besitz zu verschaffen. Dagegen Vangerow S. 808. 809.

§ 228. [1] L. 1 pr. l. 6. 34 § 2 D. de pign. 20. 1, l. 6 D. qui sine manum. 40. 8, l. 28 D. de I. F. 49. 14, l. 2 C. de pign. 8. 13 [14]. Man spricht in einem solchen Fall von einem „Generalpfand", einer „Generalhypothek", statt wie man sollte, von einer Generalverpfändung ꝛc. ꝛc. Der Streit darüber, ob diese Ausdrücke nicht auf jede Verpfändung mehrerer Gegenstände unter einer Collectivbezeichnung zu beziehen seien, ist mit Recht unfruchtbar genannt worden. Vgl. Puchta § 195. b, Vangerow I § 369 Anm. 1 z. A., Dernburg I S. 503.

[2] L. 9 C. quae res pignori 8. 16 [17].

[3] L. 6–9 pr. D. de pign. 20. 1, l. 1 C. quae res pign. 8. 16 [17]. Van-

Pfandrechts nicht anerkannt[1]. Die Willenserklärung des Eigenthümers kann eine letztwillige sein — davon im Erbrecht, — oder eine Willenserklärung unter Lebenden; in diesem letzteren Falle ist Acceptation von Seiten desjenigen, welcher das Pfandrecht erwerben soll, erforderlich, also ein Begründungsvertrag.

Was im Folgenden über die Entstehung des Pfandrechts des Näheren vorgetragen werden soll, bildet auch heutzutage noch das gemeine Recht Deutschlands. Dieses gemeine Recht erleidet aber in den allermeisten deutschen Territorien die wesentlichste Modification durch das, an die alte deutsche Auffassung anknüpfende, Institut der Hypothekenbücher. Wo dieses Institut in seiner vollen Entwickelung besteht, wird an unbeweglichen Sachen kein Pfandrecht irgend einer Art anerkannt, welches nicht in ein öffentliches Buch eingetragen ist; die gemeinrechtlichen Entstehungsgründe des Pfandrechts geben nur einen Titel auf die Eintragung[2]. In dieser Weise ist Jedem, welcher ein Pfandrecht an einem Grundstück erwerben will, die Möglichkeit gegeben, in Erfahrung zu bringen, ob das Grundstück nicht schon mit anderen Pfandrechten belastet ist. Ohne eine Einrichtung dieser Art gewährt das Pfandrecht eine wirkliche Sicherheit nicht; das römische Recht, welches eine solche Einrichtung nicht ausgebildet hat, entzog damit dem Realcredit seine wesentlichste Grundlage[3]. — Bei beweglichen Sachen ist dieses System nicht durchführbar. Dafür haben viele deutsche Particularrechte den Satz des älteren deutschen Rechts festgehalten, wonach an Mobilien nur ein Faustpfand anerkannt wird[4].

---

gerow I § 369 Anm. 2, Dernburg I § 65. Seuff. Arch. XVI. 15, XXIII. 194.

[1] So von jeher die herrschende Meinung: nur vereinzelt ist das Gegentheil behauptet worden. Der Grund des Ausschlusses der Ersitzung liegt darin, daß das Pfandrecht seinem wesentlichsten Inhalt nach nicht besessen werden kann (§ 163 Note 1. 2). Vgl. Unterholzner Verjährungslehre II § 247. 248, Büchel civilrechtl. Erörterungen I. 2 S. 51—53, Dernburg I S. 178 fg., Scheurl krit. VJSchr. II S. 443, Bremer (§ 227 Note 7) S. 139 fg. § 229.

[2] Vgl. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Gerber § 149—151, Beseler § 95—97, Bluntschli § 99—101, Stobbe II § 111.

[3] Als Ersatz hatte das römische Recht nur eine Strafdrohung gegen den betrügerischen Verpfänder, l. 3 § 1. 2 D. stellionatus 47. 20. Vgl. Dernburg I S. 181.

[4] Gerber § 149 a. E. 152, Beseler § 95. 98, Bluntschli § 102.

B. Entstehung des Pfandrechts durch Vertrag*.

§ 230.

Für den Pfandvertrag gelten im Allgemeinen die nämlichen Grundsätze, welche für Rechtsgeschäfte und Verträge überhaupt maßgebend sind; im Einzelnen ist Folgendes zu bemerken.

1. Einer Form bedarf der Pfandvertrag nicht, auch nicht der Vollendung durch die Besitzübertragung[1].

2. Ein gesetzliches Veräußerungsverbot schließt auch die Gültigkeit des Pfandvertrages aus[2]. Dagegen ist in der Person des Erwerbers die Fähigkeit, Eigenthum der verpfändeten Sache zu erwerben, Voraussetzung der Gültigkeit des Pfandvertrages nicht[3].

3. Verpfändung durch den Nichteigenthümer[4] gibt dem Gläu-

103, Stobbe II § 154. 155. — HGB. Art. 306—312. Goldschmidt Handelsrecht I S. 881 fg. Thöl Handelsrecht 5. Aufl. I S. 449 fg. — KO. § 40. 41 und Einführungsgesetz zur KO. § 14: ein Absonderungsrecht im Concurse gibt nur das Faustpfand und was dem Faustpfand gleichgestellt ist.

* Sintenis § 26—28, Dernburg I § 22—32.

§ 230. [1] L. 1 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 4 D. de pign. 20. 1. Pfandvertrag unter Abwesenden: l. 23 § 1 eod. Pfandvertrag durch den Geschäftsführer: Seuff. Arch. V. 114. Acceptation: das. V. 115. Auslegung des Verpfändungswillens: l. 3 C. plus valere 4. 22, l. 3 § 2 D. qui pot. 20. 4, l. 2 C. quae res pign. 8. 16 [17], l. 5 § 2 D. in quib. caus. pign. 20. 2, l. 26 § 1 D. de pign. 20. 1, l. 2 C. si al. res 8. 15 [16]. Glück XIX S. 303 fg., Vangerow I § 372 Anm. 1. Dernburg I § 22. Vgl. auch Seuff. Arch. XIV. 90.

[2] L. 7 C. de reb. al. 4. 51; l. 1 § 2 D. quae res pign. 20. 3, pr. I. quib. alien. 2. 8, l. 8 § 5 i. f. C. de bon. quae lib. 6. 61, l. 1 § 2 D. de reb. eor. 27. 9, Nov. 7. 120, c. 5 X. de reb. eccl. al. 3. 13, l. 3 § 3 C. comm. de leg. 6. 43. Dernburg I S. 209. 210. 231—233.

[3] L. 24 D. de pign. 20. 1. „In quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur". Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 194, Dernburg I S. 201 fg — Läßt ein Geschlechtsunreifer sich ein Pfandrecht bestellen, so bedarf es dazu der Mitwirkung des Vormundes nicht. A. M. Dernburg I S. 203 und Karlowa Rechtsgeschäft S. 36 wegen l. 38 D. de pign. act. 13. 7. Aber aus dem Wegfall der Pfandverpflichtungen auf den Wegfall der Pfandberechtigung zu schließen, ist nicht gerechtfertigt, am wenigsten für den Fall, wo der Pupill die Pfandverpflichtungen seinerseits zu erfüllen bereit ist.

[4] Von diesem Falle handeln die Abhandlungen von: Meyer Arch. f. civ. Pr. IX S. 245 fg. (1826), Müller das. XI S. 392 fg. (1828), Trotsche

biger kein Pfandrecht[5]; aber sie gibt ihm, wenn der Verpfänder redlicher Erwerber war, einen dem Anspruch dieses Letzteren entsprechenden dinglichen Anspruch auf Herausgabe der Pfandsache[6]. Erwirbt der Nichteigenthümer, welcher verpfändet hat, hinterher das Eigenthum der verpfändeten Sache, so ist zu unterscheiden, ob er dieselbe als fremde, also für den Fall des künftigen Erwerbes, oder ob er sie als eigene verpfändet hat. Im ersten Fall, wohin namentlich die Verpfändung des künftigen Vermögens gehört, entsteht zugleich mit dem Eigenthum für den Verpfänder ein Pfandrecht für den Pfandnehmer[7]. Im zweiten Fall vermag der Eigenthumserwerb die anfängliche Ungültigkeit der Verpfändung nicht zu heilen; doch wird der Pfandnehmer durch Einrede gegen den Verpfänder und dessen Rechtsnachfolger, und wenn er bei der Verpfändung in gutem Glauben war, auch durch

---

Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII S. 81 fg. (1843), Huschke das. XX S. 176 fg. (1845), Windscheid das. N. F. III S. 423 fg. (1847); s. ferner Vangerow I § 372 Anm. 2, Dernburg I § 28—31.

[5] L. 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 2. 4. 6. 8 C. si al. res pign. 8. 15 [16].

[6] L. 18 D. de pign. 20. 1. „Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam". L. 21 § 1 eod., l. 14 D. qui pot. 20. 4. Die Formel der hypothecaria actio verlangte, daß die Sache zur Zeit der Verpfändung „in bonis" des Verpfänders gewesen sei, (l. 15 § 1 D. de pign. 20. 1, l. 6 C. si aliena res 8. 15 [16]); diesem Erforderniß genügte der redliche Erwerb (l. 49 D. de V. S. 50. 16). Die Behandlung ist hier eine andere, als bei dem Eigenthum und bei den übrigen Rechten an fremder Sache. Es wird nicht für den Empfänger ein publicianischer Anspruch neu begründet, sondern er erhält die Befugniß, die von dem Verpfänder erworbene Rechtsstellung für sich geltend zu machen; daher ist hier guter Glaube beim Verpfänder nothwendig, nicht beim Pfandnehmer. Vgl. Huschke S. 182—189, Dernburg I S. 222—225, F. P. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte (1867) S. 186 fg.

[7] Die Verpfändung war nicht ungültig. Der Verpfänder hat nicht eine rechtliche Wirkung begründen wollen, welche er zu begründen nicht im Stande war; er hat das Eintreten derselben auf diejenige Zeit hinausgeschoben, wo die nothwendigen Voraussetzungen ihres Eintretens vorhanden sein würden. L. 16 § 7 D. de pign. 20. 1. „Aliena res utiliter potest obligari sub condicione, si debitoris facta fuerit". L. 1 pr. eod. (Note 8), l. 15 § 1 eod., l. 3 § 1 l. 7 § 1 D. qui pot. 20. 4. Eine Ausnahme von der Zulässigkeit der Verpfändung künftigen Erwerbes in l. 5 C. quae res pign. 8. 16 [17]. Huschke S. 197, Dernburg I S. 426.

Klage geschützt, und die gleiche Rechtsstellung überträgt er durch den Pfandverkauf auf den Käufer[8]. Das Nämliche gilt, wenn der Eigenthümer der verpfändeten Sache durch Beerbung des

[8] Es treten hier die gleichen Grundsätze ein, wie bei der Eigenthumsübertragung durch einen Nichteigenthümer, wenn derselbe hinterher Eigenthum erwirbt (§ 172 Ziff. 1, § 197 Ziff. 3). L. 1 pr. D. de pign. 20. 1. „Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est. In speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei qui pignus dabat debita, postea debitori dominio quaesito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur, sed facilior erit possidenti retentio". Diese Unterscheidung zwischen dem gutgläubigen und dem bösgläubigen Pfandnehmer wird jedoch in anderen Stellen nicht gemacht, l. 41 D. de pign. act. 13. 7, l. 5 C. si al. res pign. 8. 15 [16], vgl. auch l. 22 D. de pign. 20. 1, und es fragt sich daher, ob nicht das Recht der l. 1 pr. cit. als durch diese Stellen überholt und beseitigt angesehen werden muß. Die herrschende Meinung ist nicht dafür, indem sie umgekehrt aus der l. 1 pr. cit. das Erforderniß des guten Glaubens in jene anderen Stellen hineinträgt. Gewiß muß ihr darin beigetreten werden. Der Hauptgrund ist, daß das römische Recht auch bei der Eigenthumsübertragung das Erforderniß des guten Glaubens für die Klage festgehalten hat, und mit der Eigenthumsübertragung wird die Verpfändung ausdrücklich zusammengestellt in l. 58 [56] D. ad SC. Treb. 36. 1. Ferner aber verdient derjenige keinen Schutz, der sich wissentlich eine fremde Sache hat verpfänden lassen, und nur wenn er besitzt muß er siegen, da jedenfalls der klagende Eigenthümer in dolo ist, wie er, und bei gleicher Lage der Beklagte vorgeht. — Es gibt aber in dieser Materie noch eine andere bestrittene Frage, nämlich die, ob der Gläubiger durch Einrede in derselben Weise gegen die Sondernachfolger des Verpfänders geschützt wird, wie gegen diesen selbst. In dieser Beziehung geht African in l. 9 § 3 D. qui pot. 20. 4 von dem Satz aus, daß der Gläubiger unbedingt geschützt werde nur gegen den Sondernachfolger aus wohlthätigem Titel, gegen den Nachfolger aus lästigem Titel bloß dann, wenn derselbe bei dem Erwerbe die Verpfändung gekannt habe. Dieß sind die Grundsätze, welche für den Uebergang der exceptio doli bei dinglichen Rechten überhaupt gelten (l. 4 § 27—31 D. de doli exc. 44. 4). Hier nun aber ist mit Bestimmtheit zu sagen, daß bei der Entscheidung des African nicht stehen geblieben werden dürfe, und zwar aus dem gleichen Grunde, welcher soeben geltend gemacht worden ist, weil das römische Recht bei der Eigenthumsübertragung unbedingten Uebergang der exceptio (replicatio) doli anerkannt hat, wie der auf die citirten §§ der l. 4 D. de doli exc. sogleich folgende § 32 klar ausspricht (vgl. § 172 Note 7). — Uebrigens ist über die richtige Erklärung der l. 9 § 3 cit. große Meinungsverschiedenheit. Vgl. darüber Windscheid Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III S. 423 fg. (1847), wo auch eine Uebersicht der bis dahin erwachsenen Literatur gegeben ist, ferner Bachofen S. 551 fg. 553 fg., Dernburg I S. 263 fg. (welcher zu einer ältern Meinung zurück-

Verpfänders in die Verpfändung eintritt[9]. Unter den nämlichen Grundsätzen steht die Verpfändung einer noch nicht existirenden Sache[10].

4. Ein Pfandvertag liegt auch in dem Vorbehalt eines Pfandrechts bei der Eigenthumsübertragung[11].

C. Entstehung des Pfandrechts durch Rechtssatz*.

§ 231.

Gewisse Forderungen haben ein Pfandrecht ohne Weiteres, bloß kraft ihrer Existenz; der Verpfändungswille wird bei ihnen

---

gekehrt ist, wonach die Stelle sich daraus erklären soll, daß African die Bestellung eines zweiten Pfandrechts als Verpfändung unter einer Bedingung auffaßt), Scheurl krit. VJSchr. II S. 453, Schmid Grundlehren der Cession I S. 324 fg., Vangerow I § 372 Anm. 2. c, Arndts § 371 Anm. 1. a.

[9] Dieß sagt l. 22 D. de pign. 20. 1 (Modestin), das Gegentheil allerdings l. 41 D. de pign. act. 13. 7 (Paulus). Die Vereinigungsversuche sind zahlreich; s. darüber Dernburg I S. 269 Note 18, Scheurl krit. VJSchr. II S. 452, Vangerow I § 372 Anm. 2. c. Aber keiner ist überzeugend. Man muß den Widerspruch anerkennen, und nach Analogie des für die Eigenthumsübertragung Geltenden entscheiden (§ 172 Note 7). Umgekehrt zieht die Meinung des Paulus vor Bachofen S. 548, und, was die Klage angeht, Huschke S. 244.

[10] Also auch hier ist zu unterscheiden, ob die Sache schlechthin, oder ob sie für den Fall, daß sie mit oder nach ihrer Entstehung in das Eigenthum des Verpfänders kommen sollte, verpfändet ist. In diesem Sinne sind zu verstehen l. 11 § 3 D. qui pot. 20. 4, l. 15 pr. D. de pign. 20. 1. Eine andere Auffassung bei Exner Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 108 fg. Göppert die organischen Erzeugnisse S. 235 fg. gründet auf die genannten Stellen den Satz, daß die Verpfändung von Früchten, welche zur Zeit der Verpfändung bereits entstanden sind, an den getrennten Früchten auch dann Pfandrecht gebe, wenn die Früchte nicht in das Eigenthum des Verpfänders gelangen. S. darüber § 144 Note 2.

[11] Und zwar ist der das Pfand Bestellende der Erwerber des Eigenthums, l. 1 § 4 l. 2 D. de reb. eor. 27. 9. Vgl. § 212 Ziff. 7 und Dernburg I § 32. A. M. Lang Arch. f. civ. Pr. XXVIII S. 383 fg., Arndts § 371 Anm. 2, vgl. Bachofen ausgew. Lehren S. 143. Gegen Lang Büchel civilrechtl. Erörterungen 2. Aufl. I S. 463. 464.

* Meißner vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht. 2 Thle. 1803. Sintenis § 31—35, Bachofen Nr. X. XI, Dernburg I § 35—50. Glück XVIII S. 393—448. XIX S. 1—198; Vangerow I § 374—376. — Die gesetzlichen Pfandrechte des HGB.: Art. 374—375. 382. 409—412. Vgl. auch Art. 313—316. — Die Wirkung der

durch einen Rechtssatz ersetzt. Man spricht in diesen Fällen von einem gesetzlichen Pfandrecht[1].

Die gesetzlichen Pfandrechte haben zum Gegenstand entweder einzelne Sachen, oder das gesammte (gegenwärtige und zukünftige) Vermögen des Schuldners. Von den letzteren wird im folgenden § die Rede sein; die ersteren sind die nachgenannten.

1. Der Vermiether eines nicht zum Fruchtbau bestimmten Grundstücks[2] hat wegen seiner Forderungen aus dem Miethvertrage[3] ein gesetzliches Pfandrecht[3a] an allem in das Grundstück nicht bloß vorübergehend[4] Eingebrachten[5].

---

gesetzlichen Pfandrechte im Concurse bestimmt sich heutzutage nach KO. § 39—41. Mandry S. 336 fg.

§ 231. [1] Die Quellen sprechen von „pignora tacite contracta". Vgl. die Rubriken von Dig. 20. 2 und Cod. 8. 14 [15] „in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur", und daselbst l. 3. 4. 6. 7 pr. D. l. 2. 3. 7 C., ferner l. 4 pr. D. de pactis 2. 14, l. 1 § 1 C. de rei ux. act. 5. 13, l. 1 C. comm. de leg. 6. 43, l. 6 § 4 C. de bon. quae lib. 6. 61. Dieser Ausdruck weist, was die Pfandrechte des Verpächters und der Vermiethers (unten im Text Ziff. 1 und 2) angeht, darauf hin, daß dieselben gesetzlich anerkannt worden sind auf Grund des präsumtiven Parteiwillens (l. 3. 4 pr. l. 6. 7 pr. D. tit. cit., l. 5 § 2 eod., l. 1 pr. D. de migr. 43. 32, l. 62 [61] § 8 D. de furtis 47. 2); bei den anderen gesetzlichen Pfandrechten will er nichts Anderes besagen, als daß hier der Parteiwille durch den Ausspruch des Gesetzes ersetzt werde. Jedenfalls soll durch diese Bezeichnung nicht etwa das gesetzliche Pfandrecht auf die Grundsätze vom Vertragspfandrecht zurückgeführt werden. So schließt namentlich ein gesetzliches Verpfändungsverbot die Entstehung eines gesetzlichen Pfandrechts nicht aus, l. 2. 3 pr. D. de reb. eor. 27. 9. Dernburg I § 35. Als eigentliche gesetzliche Pfandrechte will nur die am gesammten Vermögen anerkennen Bachofen S. 271.

[2] Nicht bloß Wohngebäude gehören hierher, sondern auch Magazine, Stallungen ꝛc. ꝛc., selbst leere Plätze (areae), welche etwa zur Lagerung von Materialien, zu Zimmermannsarbeiten ꝛc. ꝛc benützt werden, L. 6 D. h. t., l. 4 pr. D. de pactis 2. 14, l. 3. 4 D. h. t. Seuff. Arch. IV. 210. Eine besondere Abhandlung über dieses Pfandrecht in: Schwarze und Heyne Untersuchung praktisch wichtiger Materien (1844) Nr. 9.

[3] L. 2 D. h. t. Vgl. Seuff. Arch. V. 58, XXXVI. 2 und Citate das., XXXVII. 186.

[3a] Nicht bloß ein qualificirtes Retentionsrecht. Dernburg I S. 296, Vangerow I § 376 Nr. 1. a. Das Gegentheil nimmt an das Urtheil bei Seuff. IV. 210. Vgl. Stobbe III S. 264.

[4] L. 7 § 1 D. h. t., l. 32 D. pign. 20. 1. Vgl. l. 44 l. 79 § 1 D. de leg. III° 32.

2. Der Verpächter eines zum Fruchtbau bestimmten Grundstücks hat wegen seiner Forderungen aus dem Pachtvertrage[6] ein gesetzliches Pfandrecht an den auf dem Grundstück von dem Pächter oder einem Afterpächter[7] gezogenen Früchten[8].

3. Ein gesetzliches Pfandrecht hat ferner derjenige, welcher Geld zur Wiederherstellung eines Gebäudes geliehen hat, an dem wiederhergestellten Gebäude[9];

4) ferner der geschlechtsunreife Mündel an der mit seinem Gelde (nicht auf seinen Namen) angeschafften Sache[10];

---

[5] Invecta et illata, l. 2. 3. 4 pr. l. 6 D. h. t., l. 4 pr. D. de pactis 2. 14. Vgl. Seuff. Arch. XXIV. 194, XXVI. 111, XXVII. 101. Hat aber der Schuldner kein anderes Vermögen hinterlassen, aus dem seine Beerdigung bestritten werden kann, so steht das Pfandrecht nach, l. 14 § 1 D. de rel. 11. 7. An fremden Sachen hat der Vermiether wenigstens dem Miether gegenüber ein Retentionsrecht, l. 1 § 5 l. 2 D. de migr. 43. 32. Vgl. Seuff. Arch. XXXII. 116, XXXIII. 109. Das von dem Aftermiether Eingebrachte haftet dem Aftervermiether, aber zugleich dem ersten Vermiether, l. 5 pr. D. h. t., l. 11 § 5 D. de pign. act. 13. 7. Dernburg I S. 305 fg., Vangerow a. a. O. a. E. Vertrag ohne sofortige Bestimmung eines Miethpreises: s. II § 399 Note 14 und Seuff. Arch. XXIV. 193.

[6] Arg. l. 2 D. h. t.

[7] L. 24 § 1 l. 53 D. loc. 19. 2.

[8] L. 7 pr. D. h. t., vgl. l. 62 [61] § 8 D. de furt. 47. 2. — An den auf das Grundstück eingebrachten Sachen hat der Verpächter ein Pfandrecht nicht kraft Gesetzes, sondern nur kraft Vertrages, welcher aber kein ausdrücklicher zu sein braucht. Davon l. 5 C. de loc. 4. 65 (Dernburg S. 312: „voluntate dominorum", d. h. auf Verlangen der Verpächter). A. M. Bachofen S. 21—23, welcher annimmt, es werde in der Stelle ein ausdrücklicher Pfandvertrag vorausgesetzt, und unter den „domini" seien die Eigenthümer der eingebrachten Sachen verstanden. Gegen diese Erklärung auch Vangerow I § 372 Anm. 1 (welcher in der 6. Aufl. Bachofen gefolgt war). Seuff. Arch. XXIV. 192, XXVII. 100.

[9] Dieses Pfandrecht ist durch einen Senatsbeschluß unter K. Marcus eingeführt worden, l. 1 D. h. t. Eine besondere Abhandlung über diesen Gegenstand ist die von Madai Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX S. 82 fg. (1844). Vgl. außerdem Dernburg I § 38, Sintenis S. 298 fg. und gem. Civilr. I § 72 Note 8, Schlayer Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 83—87. Seuff. Arch. I. 187, II. 266, VI. 162, XII. 253, XXV. 203.

[10] Nach einer Verordnung von Severus und Caracalla. L. 6 C. de servo pign. dato 7. 8, l. 3 pr. D. de reb. eor. 27. 9, l. 7 pr. D. qui pot. 20. 4. Mit diesem Pfandrecht concurrirt in dem Falle, wo die Anschaffung durch den Vormund geschehen ist, die Befugniß des Mündels, die Sache sofort als die seinige in Anspruch zu nehmen (§ 174 Note 7).

5) endlich der Singular-Vermächtnißnehmer an demjenigen, was der Beschwerte seinerseits aus der Erbschaft erhalten hat[11].

§ 232.

Ein gesetzliches Pfandrecht am gesammten Vermögen steht zu:

1) dem Fiscus für alle seine Forderungen mit Ausnahme der Strafforderungen[1];

2) ebenso dem Landesherrn und seiner Gemahlin[2];

3) den Minderjährigen und den Wahnsinnigen für ihre Forderungen gegen ihren Vormund aus der von demselben geführten Verwaltung ihres Vermögens[3]. Ist die Mutter Vormünderin,

---

[11] Dieses Pfandrecht ist erst von Justinian eingeführt worden. L. 1. 2 C. comm. de leg. 6. 43. Dem Erbschaftsvermächtnißnehmer steht es nur in einem ganz besonderen Falle zu, Nov. 108 c. 2.

§ 232. [1] Steuerforderungen: l. 1 C. h. t., l. 1 C. si propter publ. pens. 4. 46. Contractsforderungen: l. 28 D. de I. F. 49. 14, l. 2 C. h. t., l. 2. 3 C. de priv. fisci 7. 73, l. 3 C. de primipilo 12. 62 [63]. Die allgemeine Regel in l. 46 § 3 D. de I. F. 49. 14: „Fiscus semper habet ius pignoris". Die Ausnahme der Strafforderungen in l. 17. 37 D. de I. F. 49. 14, l. un. C. poenis fiscalibus 10. 7. In diesem Umfange ist das gesetzliche Pfandrecht des Fiscus erst am Ende des 2. Jahrh. der Kaiserzeit ausgebildet. Ueber das Geschichtliche s. Bachofen Nr. X, Dernburg I § 41. 43. — Früher war es herrschende Ansicht, daß der Fiscus nur für seine Steuer- und Contractsforderungen ein gesetzliches Pfandrecht habe, und diese Ansicht vertritt mit manchen Andern (vgl. Pfeiffer prakt Ausf. VIII S. 5) jetzt wieder Dernburg I S. 340. Ich glaube nicht, daß dieselbe haltbar ist. L. 10 pr. D. de pact. 2. 14 und l. 2 C. de her. act. 4. 16 enthalten keinen Beweis; man braucht nur an Fälle zu denken, wo der Fiscus auf sein Pfandrecht verzichtet hat. Dazu kommt der weite Sinn, in welchem der Ausdruck contrahere in den Quellen genommen wird, vgl. l. 1 D. de relig. 11. 7, l. 3 § 11 D. de pec. 15. 1, l. 3 § 3 l. 4 D. quib. ex caus. 42. 4 und namentlich l. 20 D. de iud. 5. 1. Gegen die Dernburg'sche Ansicht s. namentlich Schröter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 336 fg., Sintenis I § 72 Note 18, Vangerow I § 375 Anm. Nr. 1. Aus der Praxis: Seuff. Arch. II. 263, XI. 20, XIV. 120. — Der Fiscus als Rechtsnachfolger in eine fremde Forderung: l. 25 D. de pign. 20. 1, l. 6 D. de I. F. 49. 14; Windscheid die Actio ꝛc. S. 187, Dernburg I S. 342 fg., Vangerow I § 375 Anm. Nr. 1. b. S. auch II § 332 Note 12. — Forderung gegen den Bürgen des fiscalischen Schuldners: Entscheid. des RG. V S. 156 (= Seuff. Arch. XXXVII. 198).

[2] L. 6 § 1 D. de I. F. 49. 14.

[3] L. un. C. rem alien. 4. 53, l. 20 C. de adm. tut. 5. 37 (= l. 1

und schreitet sie zur zweiten Ehe, bevor sie den Kindern Rechnung gelegt und ihnen ihr Vermögen herausgegeben hat, so erstreckt sich dieses Pfandrecht auch auf das Vermögen ihres zweiten Ehemannes[4].

4. Kinder, deren Vermögen unter der Verwaltung ihres Vaters steht, haben ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen desselben: a) in Betreff des Ehegewinnes[5], welcher dem Vater von der Mutter zugekommen und in Folge zweiter Ehe[6] oder sofort[7] an die Kinder gefallen ist[8]; b) in Betreff dessen, was die

---

C. Th. de adm. et per. 3. 30), l. 7 § 5. 6 C. de cur. fur. 5. 70. Das gesetzliche Pfandrecht des Wahnsinnigen rührt erst von Justinian her (dritte Stelle); über das Alter des Pfandrechts des Minderjährigen ist Streit, indem Einige auf Grund der ersten Stelle annehmen, daß es bereits unter der Regierung des Severus und Caracalla gegolten habe, während Andere, diese Stelle für interpolirt haltend, es erst auf Constantin (zweite Stelle) zurückführen. Vgl. Dernburg I § 45 und die dort Citirten. — Findet das Pfandrecht auch statt, wenn Jemand, ohne wirklich Vormund zu sein, das Vermögen eines Minderjährigen oder Wahnsinnigen vormundschaftlich verwaltet? Dafür Dernburg I S. 367, Vangerow I § 375 Anm. Nr. 2 und die daselbst Citirten. — Ungerechtfertigt ist die Ausdehnung auf die Vormünder anderer Personen, Dernburg I § 368 (welcher aber in l. 13 § 11 C. de iud. 3. 1 für den speciellen Fall derselben die Anordnung einer gesetzlichen Hypothek findet), Vangerow a. a. O. A. M. die bei Glück XIX S. 147 Note 17 Genannten, Sintenis Pfandr. S. 336. Vgl. Seuff. Arch. XII. 252, XXVII. 10.

[4] L. 2 C. quando mul. 5. 35, l. 6 C. h. t. 8. 14 [15], Nov. 22 c. 40. Gegen die (auf l. 3 C. quando mulier 5. 35, Nov. 94 c. 1 gestützte) Ansicht daß die Mutter als Vormünderin nur in diesem letzteren Falle dem gesetzlichen Pfandrecht unterworfen sei (Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III S. 225—232, Rudorff Vormundschaft I S. 262, Vangerow a. a. O.) s. Dernburg I S. 365—366.

[5] Lucrum nuptiale, S. II § 511 Note 2.

[6] S. II § 511 Note 3—5.

[7] Nach Nov. 98 c. 1 soll die dem Manne anfallende Dos auch ohne zweite Ehe sogleich in die Proprietät der Kinder übergehen, nach Nov. 127 c. 3 jedoch mit Abzug eines Kopftheils.

[8] L. 8 § 4 C. de sec. nupt. 5. 9 (von Justinian). Man hat geleugnet, daß dieses Pfandrecht auch für die nach der vorigen Note sofort an die Kinder fallende Dos gelte. So Heimbach Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVI S. 57 fg., dem sich Dernburg I S. 379 anschließt. Dieser Meinung ist nicht beizutreten. Gegen dieselbe beweisen zwar nicht die Worte am Schluß der Nov. 98 c. 1 cit.: „et aliis accessionibus", welche in Widerspruch mit dem grie-

Kinder von der Mutter oder den mütterlichen Ascendenten direct erworben haben[9].

5. Ein gleiches Pfandrecht, wie das unter 4. a genannte, haben die Kinder auch am Vermögen ihrer Mutter wegen des von dem Vater an dieselbe gefallenen und den Kindern erworbenen Ehegewinnes[10].

6. Die Ehefrau hat ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen ihres Ehemannes wegen ihrer Forderungen auf Herausgabe: a) ihrer Dos[11]; b) ihres in die Verwaltung des Mannes

---

chischen Texte zu verstehen nicht nöthig ist, wohl aber, was Justinian in der Mitte sagt: „his, quae super parentibus ad secundas venientibus nuptias sancita sunt, in suo ordine servandis". Vgl. Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III S. 84 fg., Vangerow I § 375 Anm. Nr. 3 a. E.

[9] L. 8 § 5 D. de sec. nupt. 5. 9 (von Justinian). Abweichende Ansichten: 1) dieses Pfandrecht erstrecke sich auch auf das den Kindern von den mütterlichen Seitenverwandten Angefallene, s. dagegen Pfeifer jur. Ausführungen I S. 34 fg., Dernburg I S. 378, Vangerow I § 375 Anm. Nr, 3. b. 2) Dieses Pfandrecht setze zweite Ehe des Vaters voraus. So z. B. Vangerow I § 375 Anm Nr. 3a; s. dagegen Dernburg I S. 377. 3) Es bestehe gar nicht, sondern in l. 8 § 5 cit. sei nichts enthalten, als eine Erstreckung des Pfandrechts wegen des Ehegewinnes auf die Kinder in der Gewalt. So Löhr Arch. f. civ. Pr. IX S. 71 fg. X S. 286 fg.; dagegen Dernburg I S. 376–377, Vangerow I § 375 Anm. Nr. 3. — Gegen die Erstreckung des gesetzlichen Pfandrechts auf das pec. adventicium überhaupt: Seuff. Arch. XXXVII. 40.

[10] L. 6 § 2 D. de sec. nupt. 5. 9 (von Leo 469), Nov. 98 c. 1. Nach der letzteren Stelle fällt an die Kinder auch ohne zweite Ehe, in gleicher Weise wie die dem Vater erworbene Dos, die der Mutter erworbene donatio propter nuptias; jedoch gilt auch hier die Beschränkung der Nov. 127 c. 3.

[11] L. 30 C. de I. D. 5. 12 (vgl. II § 503 Note 4), l. un. § 1 C. de rei ux. act. 5. 13 (Justinian), § 29 I. de act. 4. 6. Auch die Braut, wenn die Ehe nicht zu Stande kommt? Dafür z. B. Sintenis Pfandrecht S. 316, Puchta § 200. w; dagegen Dernburg I S. 386—387, Vangerow I § 375 Anm. Nr. 4, Czyhlarz Dotalrecht S. 424. Auch die putative Ehefrau? Dafür Puchta a. a. O., Sintenis S. 319, Dernburg I S. 388; dagegen Vangerow a. a. O., Czyhlarz a. a. O. Auch die jüdische Ehefrau? Dagegen Viele wegen Nov. 109 (Vangerow a. a. O.), so auch Seuff. Arch. VIII. 115, XXI. 240; dafür Fr. Schloß die Dotalprivilegien der Jüdinnen (1856), Dernburg I S. 388–389, Czyhlarz a. a. O. S. 423 Note 5, Seuff. Arch. XVII. 117. Gegenwärtig ist die Frage durch die Gesetzgebung des neuen deutschen Reiches erledigt. S. I § 55 Note 2. 3.

übergegangenen Paraphernalvermögens[12]; c) der ihr vom Manne als Widerlage gegen die Dos ausgesetzten Eheschenkung[13]. Das Pfandrecht wegen der Dos steht in gleicher Weise jedem Andern zu, an welchen nach gesetzlicher Regel des Dotalrechts die Dos mit Auflösung der Ehe fällt[14].

7. Umgekehrt hat der Ehemann ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen desjenigen, der ihm eine Dos versprochen hat[15].

8. Wenn einem überlebenden Ehegatten etwas unter der Bedingung der Nichtwiederverheirathung hinterlassen worden ist, so findet ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen desselben zu Gunsten desjenigen statt, an welchen das Hinterlassene bei Ueberschreitung der Bedingung zurückfällt[16].

9. Kirchen haben ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen ihrer Emphyteuten wegen ihrer Forderungen gegen dieselben aus der Verschlechterung der Emphyteusis[17].

10. Die Praxis neigt dazu, Kirchen ein gesetzliches Pfandrecht auch am Vermögen ihrer Verwalter wegen ihrer Forderungen gegen dieselben aus der geführten Verwaltung, ein gleiches Pfandrecht den Stadtgemeinden, sowie den letzteren ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen der Steuerpflichtigen wegen ihrer Steuerforderungen zu gewähren[18].

---

[12] Nach l. 11 C. de pact. 5. 14 (Justinian) nur wegen der dem Manne übergebenen und von demselben eingetriebenen Capitalien. Die Ausdehnung beruht auf der Praxis. Dernburg I S. 393.

[13] L. 12 § 2 C. qui pot. 8. 17 [18], Nov. 109 c. 1. Sintenis Pfandr. S. 325—327, Dernburg S. 384—385.

[14] Den Erben, dem Vater und den väterlichen Ascendenten der Frau. Justinian hat dieses Pfandrecht angeknüpft an die von ihm neu geschaffene actio ex stipulatu. S. die in Note 11 citirten Stellen.

[15] L. un. § 1 C. de rei ux. act. 5. 13. Dernburg I S. 394; vgl. Vangerow I § 375 Anm. Nr. 5.

[16] Nov. 22 c. 44. Die Erklärung von Marezoll (Magazin f. RW. u. Gesetzg. IV S. 215 fg. Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VI S. 296 fg.), wonach dieses Pfandrecht ganz wegfallen würde, hat keinen Beifall gefunden. S. darüber Dernburg I § 50, Vangerow I § 375 Anm. Nr. 6. Vgl. noch Vermehren Arch. f. civ. Pr. XIII S. 37—42.

[17] Nov. 7 c. 3 § 2.

[18] Vgl. Sintenis S. 342—343, Dernburg I S. 356—357. Ueber l. 2 C. de deb. civ. 11. 33 [32] s. Dernburg I S. 355.

D. Richterliches Pfandrecht.

§ 233.

Der Richter kann durch seine Verfügung ein Pfandrecht begründen im Theilungsurtheil[1]. Die rechtskräftige richterliche Verurtheilung zur Bestellung eines Pfandrechts ersetzt die Bestellung[1a].

Aus anderen richterlichen Verfügungen ergeben sich Rechtsverhältnisse, auf welche zwar der Ausdruck Pfand in unseren Quellen angewendet wird, aber mehr in dem allgemeinen Sinn, daß auch hier Etwas zur Sicherheit eines Anspruchs dient, während der nähere Inhalt dieser Rechtsverhältnisse von dem Inhalt des gewöhnlichen Pfandrechts mehr oder minder abweicht. Im Einzelnen gehört hierher:

1) die Pfändung, welche der Richter zum Zwecke der Execution eines Urtheils vornimmt. Das Gepfändete wird durch die Pfändung jeder die Befriedigung des Gläubigers beeinträchtigenden Verfügung des Schuldners entzogen, und es wird auch, wenn der Schuldner die gesetzliche Frist verstreichen läßt, verkauft, und aus dem Kaufpreise der Gläubiger befriedigt[2]. Aber dieser Verkauf erfolgt nicht durch den Gläubiger kraft eines ihm zustehenden Rechts an der Sache, sondern durch den Richter von Amtswegen[3], wie denn auch der Gläubiger durch den Verkauf dem Käufer gegenüber weder berechtigt noch verpflichtet wird[4].

§ 233. [1] Es ist das zwar in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt, aber deßwegen nicht weniger sicher. Für entscheidend muß die Analogie der Dienstbarkeiten (§ 214 Note 1) gehalten werden. A. M. Böcking Grundriß II § 94 und, jedoch nicht für das heutige Recht, Dernburg I S. 177—178. Vgl. Arndts § 372 Anm. 3.

[1a] CPO. § 779. Vgl. § 173 Note 5, § 214 Note 2, § 221 Note 5, § 223 Note 13.

[2] L. 15 § 2 l. 31 D. de re iud. 42. 1.

[3] L. 2 C. si in causa iud. 8. 22 [23]. „Quum in causa iudicati aliqua res pignori capitur, per officium eius, qui ita decrevit, venumdari solet, non per eum, qui iudicatum fieri postulavit". L. 50 l. 74 § 1 D. de evict. 21. 2.

[4] Verweigert der Käufer die Zahlung, so wird demselben das Pfand durch den Richter wieder genommen, l. 15 § 7 D. de re iud. 42. 1. Wird das Pfand dem Käufer evincirt, so hat er zwar actionem ex emto, aber nur gegen den befreiten Schuldner auf Erstattung des Kaufpreises, l. 74 § 1 D. de evict. 21. 2.

Ebensowenig enthalten die Quellen etwas von einem dem Gläubiger zustehenden Klagerecht auf Herausgabe des Besitzes der verpfändeten Sache[5]. — Das Gesagte gilt seit der Reichscivilprozeßordnung nur noch für unbewegliche Sachen[5a]. Die Pfändung beweglicher Sachen erfolgt nach der Reichscivilprozeßordnung[5b] nicht mehr durch den Richter, sondern durch den Gerichtsvollzieher im Auftrag des Gläubigers, und erzeugt ein „Pfandrecht", welches, abgesehen von den besonderen Vorschriften der Reichscivilprozeßordnung, nach den gewöhnlichen Regeln für das Pfandrecht beurtheilt werden muß[5c]. Das Letztere gilt auch von der Pfändung von Rechten[5d] — nicht das Erstere: die Pfändung von Rechten erfolgt auch nach der Reichscivilprozeßordnung durch den Richter[5e]. — Durch Pfändung wird nach der Reichscivilprozeßordnung auch der Arrest in das bewegliche Vermögen vollzogen[5f]; die richterliche Arrestverfügung als solche begründet ein Pfandrecht nicht[5g].

[5] Die im Texte vorgetragene Auffassung wird mit Recht geltend gemacht von Dernburg I § 53. II § 119, während die herrschende Ansicht das s. g. pignus in causa iudicati captum mit dem gewöhnlichen Pfandrechte auf ganz gleiche Linie stellt, so neuerdings noch Stölzel Arch. f. civ. Pr. XLV S. 272 fg., Waldeck das. LV S. 484 Note 6; übereinstimmend dagegen in der Sache Rudolph Jahrb. f. Dogm. XIX S. 311 fg. Für die herrschende Ansicht beweist auch nicht l. 1 C. si in causa iud. 8. 22 [23], welche von Einweisung in den Besitz und einem dadurch erzeugten s. g. prätorischen Pfandrecht (s. im Text unter Ziff. 2) spricht. Vgl. l. 2. 3 C. qui pot. 8. 17 [18]. A. M. in dieser Beziehung Rudolph a. a. O. S. 356 fg. Wetzell Civilproceß § 50 Nr. 1. Vgl. auch Meibom Arch. f. civ. Pr. LII S. 295 fg. Seuff. Arch. XXXI. 193.

[5a] CPO. § 757.

[5b] CPO. § 708 fg. Vgl. Mandry S. 380 fg.

[5c] CPO. § 709. Mandry S. 385, Rudolph a. a. O. S. 407 fg. — Die früher streitige Frage, welches die Wirkung der Pfändung der Früchte auf dem Halm sei (s. Note 5a in der vorigen Auflage), ist durch CPO. § 714 gelöst. Nach diesem § ist die Pfändung ungetrennter Früchte wirkungslos, wenn sie früher als einen Monat vor der gewöhnlichen Zeit der Reife erfolgt, im Uebrigen steht sie jeder anderen Pfändung gleich. Vgl. Mandry S. 381 fg. Seuff. Arch. XXXVII. 355.

[5d] Auch diese Pfändung steht unter § 709.

[5e] CPO. § 729.

[5f] CPO. § 810.

[5g] Mandry S. 380 Note 3. Vgl. v. Meibom Festschrift zur vierten Säcularfeier der Universität Tübingen S. 74 fg.

2. Ein Pfandrecht entsteht auch aus einer vom Richter ertheilten Einweisung in den Besitz einer einzelnen Sache oder eines ganzen Vermögens[6], wenn in Folge derselben der Besitz wirklich erlangt worden ist[7], und vorausgesetzt daß die Einweisung den Zweck hat, dem Eingewiesenen Sicherheit für die Erfüllung eines ihm zustehenden Anspruches zu verschaffen[8]. Im Einzelnen gehört hierher[9]: a) nach römischem Recht die Einweisung in den Besitz des Vermögens des Schuldners[10], welche den Gläubigern im Falle des Concurses ertheilt wird[11]; b) nach römischem und heutigem Recht die Einweisung der Vermächtnißnehmer[12]; die Ein-

[6] L. 26 pr. D. de pign. act. 13. 7: „si ex quacumque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui". L. 3 § 1 D. de reb. eor. 27. 9. Die Quellen sprechen in diesem Fall von einem pignus praetorium, l. 12 D. pro emt. 41. 4, l. 1. 2 C. de pign. praet. 8. 21 [22], vgl. l. 3 C. ut. in poss. leg. 6. 54. — Vom pignus praetorium handelt ausführlichst Bachofen S. 281—480; ferner Dernburg I § 51. 52.

[7] L. 26 § 1 D. de pign. act. 13. 7.

[8] Diese Voraussetzung versteht sich nach dem Begriffe des Pfandrechts von selbst. Ein Pfandrecht entsteht also nicht, wenn durch die Einweisung unmittelbar derjenige factische Zustand realisirt wird, dessen Rechtmäßigkeit der Nachsuchende behauptet, wie z. B. wenn der Curator eines Wahnsinnigen oder der in einem äußerlich fehlerfreien Testamente Eingesetzte in den Besitz der Erbschaft eingewiesen wird. Dernburg I S. 491.

[9] L. 1 D. quib. ex caus. 42. 4. „Tres fere causae sunt, ex quibus in possessionem [bonorum] mitti solet: rei servandae causa, item legatorum servandorum gratia, et ventris nomine; damni enim infecti nomine si non caveatur, non (in) universorum nomine fit missio, sed rei tantum de qua damnum timetur". Dernburg I S. 401.

[10] L. 11 § 1 D. ut in poss. leg. 36. 4, l. 35 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 2. 3 C. qui pot. 8. 17 [18], l. 1 C. si in causa iud. 8. 22 [23] (Note 5).

[11] Im älteren römischen Rechte war die „missio rei servandae causa" in Verbindung mit dem in den meisten Fällen sich daran anschließenden Verkauf des Vermögens des Schuldners das allgemeine römische Executionsmittel gegen den verurtheilten, geständigen oder nicht belangbaren Schuldner. Das Nähere über ihre fernere Geschichte gehört nicht hierher. Vgl. Bachofen S. 283 fg., Dernburg I S. 404. 416, Bethmann-Hollweg röm. Civilproz. II § 114. III § 159, Wetzell Civilproc. § 50 i. A. Heutzutage bestimmt sich das Recht der Gläubiger im Concurse lediglich nach der Reichsconcursordnung.

[12] L. 12 D. pro emt. 41. 4, l. 2 pr. D. pro her. 41. 5, l. 3. 5 C. ut in poss. leg. 6. 54. Der Vermächtnißnehmer wird eingewiesen: 1) in den Besitz des Nachlasses, wenn ihm der beschwerte Erbe bei nicht sofortiger Einforderbarkeit des Vermächtnisses Bürgschaft verweigert; 2) auch in den Besitz

weisung wegen verweigerter Sicherheit für den Ersatz des Schadens, welcher von der Fehlerhaftigkeit des benachbarten Grundstücks oder einer darauf befindlichen Anlage droht[13]; die Einweisung der Mutter des ungeborenen Erben[14]. Das aus einer solchen Einweisung entstehende Rechtsverhältniß ist im Allgemeinen das, daß der Eingewiesene in dem ihm verliehenen Besitz geschützt wird[15], und ihm derselbe auch durch fernere rechtliche Verfügungen des Eigenthümers nicht mehr verkümmert werden kann[16]; ein Verkaufsrecht dagegen ist mit demselben nur in dem bei a genannten Fall verbunden[17]. In einem Fall gewährt dieses Pfandrecht die Befugniß, sich aus den Früchten des Gegenstandes der Einweisung zu befriedigen[18].[19]

---

des eigenen Vermögens des Erben, wenn derselbe nach Fälligwerden des Vermächtnisses und gerichtlicher Zahlungsaufforderung 6 Monate mit der Entrichtung im Rückstand bleibt. Beide Einweisungen stellt zusammen l. 6 C. ut in poss. leg. 6. 54; näher handelt von denselben l. 5 D. ut in poss. 36. 4. Die letztere Einweisung unterscheidet sich von der ersteren dadurch, daß der Eingewiesene auch das Recht hat, sich aus den Früchten des Vermögens, in welches er eingewiesen ist, zu befriedigen, l. 5 § 16. 21 D. tit. cit. Vgl. III § 648 Ziff. 2. 3.

[13] Die Einweisung hat zum Gegenstand das schadendrohende Grundstück. L. 7 pr. D. de damno inf. 39. 2, l. 3 § 1 D. de reb. eor. 27. 9, l. 23 D. de pec. 15. 1. Vgl. II § 458. 459.

[14] Die Einweisung erfolgt in die Erbschaft. Dig. 37. 9 de ventre in possessionem mittendo. Vgl. III § 618.

[15] Die Verletzung seines Besitzesrechts erzeugt nach früherem römischen Recht nur einen persönlichen Anspruch gegen den Verletzer, l. 1 pr. l. 4 pr. § 2. 4 D. ne vis fiat ei 43. 4, l. 15 § 36 D. de damno inf. 39. 2. Justinian hat dem Eingewiesenen einen dinglichen Anspruch gegen jeden Besitzer gegeben, l. 2 C. de praet. pign. 8. 21 [22].

[16] L. 3 C. ut in poss. leg. 6. 54, l. 2 C. qui potiores 8. 17 [18], vgl. l. 2 pr. D. pro her. 41. 5, l. 12 D. pro emt. 41. 4.

[17] L. 1 C. si in causa iud. 8. 22 [23]. S. auf der andern Seite l. 5 § 21 D. ut in poss. leg. 36. 4, l. 114 § 12 D. de leg. I° 30.

[18] Note 12 a. E. Der eingewiesenen Mutter des ungebornen Erben werden die Alimente, auf welche sie Anspruch hat, durch den aufgestellten Curator des Ungebornen unmittelbar verabreicht, l. 1 § 19 l. 5 pr. D. de ventre in poss. mitt. 37. 9.

[19] Der wesentliche Gegensatz, in welchem das hier erörterte Rechtsverhältniß zu dem gewöhnlichen Pfandrecht steht, spiegelt sich auch in der Ausdrucksweise der Quellen ab. Gegenüber den Stellen, in welchen geradezu von einem pignus gesprochen wird, wird in l. 3 C. ut in poss. leg. 6. 54 gesagt:

E. Erwerb bestehender Pfandrechte.

§ 233a.

Der Erwerb eines bestehenden Pfandrechts ist möglich in und mit dem Erwerbe der Forderung, zu deren Sicherheit das Pfandrecht dient, das Pfandrecht folgt seiner Forderung ohne Weiteres in jede neue Hand[1]. Ohne die Forderung, welche es versichert,

— „causam tuam quam iure praetorio *veluti* pignus habuisti", in l. 18 § 6 D. fam. erc. 10. 2: — „non . . discederet legatarius a possessione, quam *vice pignoris* erat consecutus", in l. 23 D. de pec. 15. 1: — „*pro pignore* ea, si non defendantur, actor . . possidet". In l. 5 § 21 D. ut in poss. leg. 36. 4 heißt es geradezu: „sed pignora quidem quis et distrahere potest, hic autem frui tantum ei constitutio permisit". Derselbe Gegensatz in l. 13 D. quae in fr. cred. 42. 8. S. auch l. 9 § 5 D. de reb. auct. iud. 42. 5.

§ 233a. [1] L. 6. 7 C. de O. et A. 4. 10. Vgl. II § 332 Note 8. Dernburg I § 78. — Es gibt Fälle, in welchen Jemand das Recht hat, die Abtretung einer Pfandforderung von dem Gläubiger gegen Befriedigung desselben zu verlangen. Diese Fälle sind: 1) der Fall des von dem Pfandgläubiger belangten Bürgen (l. 2. 11. 14. 21 C. de fidei. 8. 40 [41], vgl. Knorr Arch. f. civ. Pr. XXVIII S. 170 fg.), so jedoch, daß nach Nov. 4 c. 2 (§ 235 Note 19) der Bürge durch die Abtretung der Forderung keinen Pfandanspruch gegen den dritten Besitzer der Pfandsache erhält (Dernburg II S. 267 fg., vgl. Arndts § 378 Anm. 5, Seuffert § 222 Note 1); 2) der Fall des rechtmäßigen Besitzers der Pfandsache, von welchem der Pfandgläubiger Herausgabe derselben verlangt (l. 19 D. qui pot. 20. 4, § 235 Note 18). In diesem letzteren Falle geht aber die Pfandforderung auch ohne Abtretung von Seiten des Gläubigers (durch s. g. cessio legis) auf den abfindenden rechtmäßigen Besitzer über. So, gegen die herrschende Meinung, Schmid Grundlehren der Cession I S. 283 fg., und ich glaube nicht, daß nach l. 57 i. f. D. de leg. I° dieser Satz bestritten werden darf. Mühlenbruch Cession § 44 Note 542 stellt die Entscheidung der genannten Stelle als eine Singularität für Vermächtnisse dar; aber es leuchtet nicht ein, welche Rechtfertigung sie gerade in der Natur der Vermächtnisse finde. Jedenfalls abstrahirt sie von aller Willensinterpretation, kraft deren sonst so häufig bei Vermächtnissen eine Entscheidung getroffen wird, die an und für sich nicht begründet wäre. Die übrigen Stellen, welche Schmid für sich anführt (l. 7 C. de O. et A. 4. 10, l. 3 C. de neg. gest. 2. 18 [19], l. 2 C. de deb. civ. 11. 33 [32]), halte ich nicht für beweisend. — Erwerb einer Pfandforderung kann auch im Erbtheilungsverfahren durch den Theilungsspruch geschehen (l. 3 D. fam. erc. 10. 2). Keinen Erwerb der Pfandforderung aber finden die Quellen in der Adjudication der Pfandsache, wenn dieselbe im Erbtheilungs- oder gewöhnlichen Theilungsverfahren einem der Pfandgläubiger ganz gegen Befriedigung des andern zu-

kann das Pfandrecht regelmäßig nicht erworben werden[2]. In Ausnahmefällen jedoch hat das römische Recht auch einen solchen Erwerb zugelassen[3]. Dasselbe hat anerkannt, daß das Pfandrecht unter gewissen Voraussetzungen von der Forderung, für welche es besteht, auf eine andere Forderung übertragen werden könne. Die Fälle, in welchen das römische Recht dieß anerkannt hat, haben das Gemeinsame, daß die Forderung, auf welche das Pfandrecht übergeht, an die Stelle der ursprünglichen Pfandforderung tritt, während diese letztere untergeht. Das praktische Interesse des in diesen Fällen anerkannten Erwerbes eines bestehenden Pfandrechts zeigt sich hauptsächlich, jedoch nicht ausschließlich[4], in der dadurch gewährten Möglichkeit, sich den Rang zu verschaffen, welchen ein bestehendes Pfandrecht vor anderen nachfolgenden Pfandrechten einnimmt (vergl. § 237).

§ 233b.

Die einzelnen hierher gehörigen Fälle sind folgende.

1. Wenn durch Novation an die Stelle einer Forderung eine

---

gesprochen wird; in diesem Falle wird dem Adjudicatar zum Zweck der Wiedererlangung des an den andern Theilhaber Gezahlten ein Anspruch gegen den Schuldner nur nach dem Gesichtspunkt einer für den Schuldner gemachten Auslage gewährt. L. 29 D. fam. erc. 10. 2, vgl. l. 7 § 12. 13 D. comm. div. 10. 3. Freilich ist über die Auslegung der l. 29 cit. viel Streit; s. darüber Sintenis Pfandrecht S. 447 fg. und gem. Civilr I § 75 Anm. 9, Bachofen S. 196 fg., Schmid Cession I S. 270 fg., Dernburg II S. 43 fg., Vangerow I § 365 Anm., Eck die doppelseitigen Klagen S. 144 fg., Göppert krit. VJSchr. XIV S. 550. Ich halte es nicht für unwahrscheinlich, daß die genannten Stellen ursprünglich von der fiducia gehandelt haben.

[2] Anders verhält es sich mit dem Pfandanspruch (der actio hypothecaria); derselbe kann durch Cession erworben werden, wie jeder andere Anspruch. Aber damit erlangt der Cessionar kein Pfandrecht und namentlich keine Verkaufsbefugniß. Vgl. über diese Frage Mühlenbruch Cession S. 332 fg., Puchta Rechtslex. II S. 644 (kl. civ. Schriften S. 468), Vangerow III S. 120, Dernburg I S. 561, Sintenis II § 129 Anm. 39a.

[3] Diese Ausnahmefälle sind es, in welchen man heutzutage vorzugsweise von einer „hypothekarischen Succession" spricht. Vgl. über dieselbe Glück XIX S. 351 fg. Sintenis § 46. 47, Bachofen S. 497—541, Dernburg II § 161—166 (die §§ 161—164 schon früher abgedruckt im Arch. f. civ. Pr. XLI S. 1 fg.). Schmid die Grundlehren der Cession I S. 279—352 (1863). Adamkiewicz Arch. f. civ. Pr. LVI S. 1 fg. (1873), Voß Jahrb. f. Dogm.

andere gesetzt wird, so können die den Novationsvertrag Abschließenden ausmachen, daß auf die neue Forderung, soweit sie den Betrag der alten nicht übersteigt, das Pfandrecht der alten übergehen solle[1]; jedoch ist dazu die Mitwirkung oder Einwilligung des Eigenthümers der Pfandsache erforderlich[2].

2. Unter der gleichen Voraussetzung[3] kann derjenige, welcher einem Pfandschuldner die Mittel zur Befriedigung seines Gläubigers gewährt, sich durch den Schuldner das Pfandrecht des abgefundenen Gläubigers übertragen lassen[4]. Der gewöhnlichste hierher gehörige Fall ist der, wo Jemand einem Pfandschuldner ein Darlehn zum Zweck der Befriedigung des Gläubigers gibt[5]; aber

---

XV S. 332 fg. (1877), Siebenhaar allg. Gerichtszeitung f. d. K. Sachsen XXIV S. 1 fg. 33 fg. (1880). S. auch § 233b Note 12 a. E.

[4] Vgl. l. 3 D. quae res pign. 20. 3.

§ 233b. [1] L. 11 § 1 D. de pign. act. 13. 7, l. 3 pr. l. 12 § 5 l. 21 pr. D. qui pot. 20. 4, vgl. l. un. C. etiam. ob chirorgr. 8 26 [27], l. 18 D. de nov. 46. 2. Wechselt bei der Novation der Gläubiger nicht, so heißt es in den Quellen „in suum locum eum succedere".

[2] L. 30 D. de nov. 46. 2 und arg. l. 2 D. de pign. act. 13. 7. Zwar geht der Wortlaut der in beiden Stellen erwähnten und wegen Mangels des Eigenthums des Vertragschließenden für ungültig erklärten Verträge nicht speciell auf Uebertragung des für die alte Obligation bestehenden Pfandrechts, sondern im Allgemeinen darauf, daß die neue Obligation ein Pfandrecht haben solle: aber es läßt sich nicht wohl bezweifeln, daß man diese Verträge interpretationsweise durch Beziehung auf die bestehenden Pfandrechte aufrecht erhalten haben würde, wenn sich ihnen nicht auch in dieser Richtung das mangelnde Eigenthum des Pfandverleihers entgegengestellt hätte.

[3] L. 2 D. de pign. act. 13. 7.

[4] L. 3 D. quae res pign. 20. 3, l. 12 § 8 D. qui pot. 20. 4, l. 1 C. de his qui in prior. 8. 18 [19]. Man darf nicht etwa sagen, daß derjenige, welcher einem Schuldner die Mittel zur Befriedigung seines Gläubigers gewährt, dadurch das Pfandrecht des abgefundenen Gläubigers ohne Weiteres erwerbe; dagegen ausdrücklich l. 1 C. cit., l. 3 D. cit., l. 2 D. de pign. act. 13. 7. Sondern es ist eben nothwendig ein Vertrag mit dem Schuldner, durch welchen dieser ihm ein Pfandrecht, und gerade das Pfandrecht des Abgefundenen einräumt. Freilich braucht das Letztere (daß auf den neuen Gläubiger gerade das Pfandrecht des Abgefundenen übergehen solle) nicht ausdrücklich ausbedungen zu werden; auch die Umstände können es als gewollt ergeben. Hieraus erklären sich die scheinbar widersprechenden Entscheidungen der citirten Stellen. Anderes meint auch wohl kaum Dernburg a. a. O. S. 506—508. Vgl. noch Puchta § 213. b.

[5] Vgl. Dernburg a. a. O. S. 504—506. Seuff. Arch. IX. 271.

auch der Fall gehört hierher, wo Jemand auf Anweisung des Schuldners selbst an den Gläubiger zahlt[6], so wie der, wo Jemand auf ein ihm für eine andere Forderung zustehendes Pfandrecht verzichtet, damit der Schuldner die Sache pfandfrei verkaufen und aus dem Erlöse den Gläubiger befriedigen könne[7]. Ist die Befriedigung des abgefundenen Gläubigers nur eine theilweise, so geht das Pfandrecht auf denjenigen, aus dessen Mitteln er abgefunden worden ist, auch nur für den geleisteten Betrag über[8], und zwar behält der Gläubiger für den Betrag, welcher ihm nicht geleistet worden ist, den Vorrang[9].

3. Auch dadurch, daß derjenige, welcher einem Pfandschuldner die Mittel zur Befriedigung seines Gläubigers gewährt, sich dafür von dem Schuldner die Pfandsache zu Eigenthum übertragen läßt, erlangt er den nachstehenden Pfandgläubigern gegenüber die rechtliche Stellung des abgefundenen Gläubigers[10].

---

[6] Dernburg a. a. O. S. 504.

[7] L. 12 § 9 D. qui pot. 20. 4. In diesem Falle ist die Forderung, mit welcher sich das übergehende Pfandrecht bei dem Erwerber vereinigt, bereits vorhanden, in den beiden zuvor genannten entsteht sie neu.

[8] Aus dem einen Pfandrecht, welches vorhanden war, werden hier zwei Pfandrechte — in gleicher Weise, wie dieß stattfindet, wenn ein Pfandgläubiger mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt.

[9] Diese Frage ist in den Quellen nicht ausdrücklich entschieden; aber deßwegen ist es nicht weniger unzweifelhaft, daß sie beantwortet werden muß, wie im Texte geschehen ist. Der abgefundene Gläubiger behält gemäß der Regel (§ 226 Note 3) für den ihm nicht geleisteten Theil seiner Forderung die gleiche Pfandmacht, welche er für die volle Forderung hatte; die Berufung auf diese Regel kann ihm durch die Verhandlung seines Schuldners mit einem Dritten, welcher er vollkommen fremd geblieben ist, nicht entzogen oder geschmälert werden. Vgl. Dernburg a. a. O. S. 512—513, Seuffert Pand. I § 202 Note 3. A. M. Bachofen S. 527., welcher Concurrenz des alten und neuen Gläubigers annimmt, und Schlayer, welcher früher (Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 218 fg.) der gleichen Meinung war, jetzt (das. LXIV S. 395 fg.) den neuen Gläubiger dem alten vorgehen läßt. Eine Folgerung aus dem aufgestellten Satze ist, daß, wenn Mehrere hintereinander die Mittel zur Befriedigung eines Pfandgläubigers hergeben, immer der Spätere dem Früheren vorgeht.

[10] L. 3 § 1 D. de distr. pign. 20. 5: — nihil enim interest, debitor pignus datum vendidit, an denuo pignori obliget". L. 3 C. de his qui in prior. 8. 18 [19]: „in ius eorum successisti". L. 17 D. qui pot. 20. 4. Von diesem Falle sind auch wohl die Worte der l. 3 D. quae res

4. Endlich hat jeder nachstehende Pfandgläubiger das Recht, durch Ausbezahlung eines vorgehenden dessen Pfandrecht ohne Weiteres an sich zu bringen[11]. Verweigert der vorgehende Pfandgläubiger die Annahme, so wird durch gerichtliche Hinterlegung des Betrages die gleiche Wirkung erzielt[12]. Bei theilweiser Befriedigung des vorgehenden Gläubigers tritt das gleiche Rechts-

---

pign. 20. 3: „quo casu emtoris causa melior efficietur" zu verstehen. Es ist in diesem Fall nicht erforderlich, daß das Pfandrecht des Befriedigten noch besonders eingeräumt werde. Seuff. Arch. XIII. 310. Ueber die Bedeutung eines Pfandrechts an eigener Sache s. das Nähere unten § 248 Ziff. 4. Vgl. noch Dernburg a. a. O. S. 514—517, Hofmann Jahrb. f. Dogm. X S. 377—382. G. Buchka die Hypothek des Eigenthümers (1875) S. 37 fg. nimmt in diesem Fall nicht Erwerb eines Pfandrechts, sondern nur Einredeschutz nach dem Gesichtspunkt der Verwendung an — nicht in Uebereinstimmung mit den Quellen (s. ob.). S. auch Regelsberger krit. VJSchr. XVIII S. 205. Vgl. noch Seuff. Arch. IX. 270.

[11] S. g. ius offerendi. L. 12 § 6. 9 l. 16. 20 D. qui pot. 20. 4, l. 5 pr. D. de distr. pign. 20. 5, l. 22 D. de pign. 8. 14, l. 1. 5 C. qui pot. 8. 17 [18], l. 4 C. de his qui in prior. 8. 18 [19]. Der nachstehende Pfandgläubiger hat das Recht, das Pfandrecht des vorgehenden ohne Weiteres an sich zu bringen; es ist nicht etwa eine Uebertragung von Seiten des vorgehenden erforderlich. Der Vortheil, welchen der nachstehende Pfandgläubiger von dieser Succession hat, besteht namentlich darin, daß er sein Pfandrecht gegen den Verkauf des vorgehenden schützt, welcher Letztere natürlich bei dem Verkauf nur seine Interessen, nicht die des Nachpfandgläubigers, befragen wird. In diesem Sinne heißt es in den Quellen, daß der Nachpfandgläubiger durch Ausbezahlung des vorgehenden „confirmat pignus suum". — In früheren Auflagen dieses Lehrbuchs ist angenommen, daß in diesem Falle der Erwerber des Pfandrechts ein Pfandrecht ohne Forderung habe. Dabei war übersehen die dem Ausbezahlenden zustehende actio negotiorum gestorum contraria (Note 16 a. E.). — Ueber das ius offerendi ist außer den beim vorigen § in Note 3 Citirten noch zu vergleichen Linde Zeitschr. f. Civ. u. Pr. V S. 290 fg. (1832), Willms Bödiker's Magaz. f. d. deutsche R. der Gegenwart I S. 315 fg. (1881). Dieser letztere Schriftsteller behauptet ohne hinreichende Begründung, daß nach heutigem Recht das ius offerendi voraussetze, daß der vorstehende Pfandgläubiger wirklich verkaufen wolle. So ist auch erkannt worden bei Seuff. Arch. XXI. 109.

[12] L. 1 C. qui pot. 8. 17 [18]. Es muß dem Gläubiger mit dem Betrage seiner Forderung auch der Betrag der aufgelaufenen Zinsen angeboten werden (l. 1 C. qui pot. 8. 17 [18], l. 12 § 6 l. 20 D. qui pot. 20. 4, l. 2. 3 § 1 D. de distr. pign. 20. 5, l. 22 C. de pign. 8. 13 [14]), nicht aber auch der Betrag sonstiger chirographarischer Forderungen, wegen welcher der Gläubiger ein Retentionsrecht am Pfande hat (l. un. C. etiam ob chirogr. 8. 26 [27], § 234

verhältniß ein, wie in dem bei Ziff. 2 genannten Fall[13]. Das Ausbezahlungsrecht geht dem nachstehenden Gläubiger verloren, wenn er den vorgehenden bei Lebzeiten des Schuldners 40 Jahre, nach dessen Tode 30 Jahre lang in Besitz läßt[13a]. — Ein gleiches Recht, wie dem nachstehenden Pfandgläubiger gegen den vorgehenden, darf auch dem vorgehenden gegen den nachstehenden nicht versagt werden[14]. Dagegen hat ein solches Recht nicht derjenige, welcher gar nicht Pfandgläubiger ist. Wer, ohne Pfandgläubiger zu sein, einen Pfandgläubiger befriedigt hat, erhält dadurch nicht dessen Pfandrecht, sondern es steht ihm nur gegen den Eigenthümer und die nachfolgenden Pfandgläubiger, deren Lage er dadurch verbessert hat, ein Ersatzanspruch nach dem Gesichtspunkt der Verwendung zu[15]. —

Note 1). Eine Klage zur Geltendmachung des Ausbezahlungsrechts ist nicht nöthig bez. nicht zulässig. Seuff. Arch. VI. 160.

[13] Der vorgehende Pfandgläubiger, welcher von dem nachstehenden theilweise Befriedigung annimmt, wozu er keine Verpflichtung hat, thut das, um seine Pfandsicherheit zu verbessern, nicht, um sie mit dem Abfindenden zu theilen. Es liegt also auch hier kein Grund vor, aus welchem ihm die Berufung auf die gesetzliche Regel (Note 9) versagt werden dürfte.

[13a] L. 7 § 3 C. de praescr. XXX 7. 39.

[14] Diese Frage ist sehr bestritten. Für die Bejahung: Glück XIX S. 355 und die das. Citirten, und aus der neueren Zeit: Müller Arch. f. civ. Pr. XI S. 386 fg. (1828) und ausführlicher civilistische Abhandlungen Nr. 2 (1833), Bopp in Roßhirt's Zeitschrift I S. 375 fg. (1833), A. Thon das ius offerendi des besseren Pfandgläubigers (Habilitationsschrift 1863), derf. Normenschutz und subjectives Recht (1878) S. 339 Note 26, Schmid a. a. O. S. 311 fg., Dernburg a. a. O. S. 529 fg., Vangerow I § 377 Anm. 1; für die Verneinung: Zimmern Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 53. 54 (1828), Linde das. V S. 293 fg. und VI S. 215 fg. (1832. 1833), Fritz Erläuterungen I S. 526 fg. (1833, hier auch eine Uebersicht über die bis dahin erwachsene Literatur), Sintenis Pfandrecht S. 409—416 und gem. Civilr. I § 73 Note 10, Bachofen S. 505—510, Siebenhaar S. 11 fg., Willms a. a. O. S. 318 fg. In der ersten Auflage dieses Lehrbuchs habe auch ich mich für die Verneinung ausgesprochen: ich möchte dieselbe gegenüber Paul. sentent. II. 13 § 8 nicht mehr aufrecht erhalten, einer Stelle, welche, wenn sie auch nicht der Justinianischen Compilation angehört, doch immerhin gebraucht werden darf, um den eigentlichen Gedanken der in dieselbe aufgenommenen Sätze festzustellen. Doch bleibt die Sache zweifelhaft, und in diesem Sinne spricht sich auch Dernburg aus. Kein Gewicht ist für die Bejahung auf l. 5 C. qui pot. 8. 17 [18] zu legen. Dernburg a. a. O. S. 530.

Uebrigens ist die juristische Natur der hier aufgezählten Fälle nicht unzweifelhaft, worüber das Nähere in der Note[16] bemerkt ist.

V. Inhalt des Pfandrechts.

Einleitung.

§ 233c.

Den Inhalt des Pfandrechts bildet die rechtliche Macht, welche dasselbe dem Pfandgläubiger gewährt. Von derselben soll

---

[15] L. 29 D. fam. erc. 10. 2, l. 7 § 12 D. comm. div. 10. 3, l. 12 § 1 D. qui pot. 20. 4.

[16] Mit der hier vorgetragenen Auffassung, wonach in den genannten Fällen ein Uebergang des Pfandrechts ohne seine Forderung stattfindet, stimmt überein Brinz S. 292. 336 (2. Aufl. II § 348 Note 12), ferner Voß a. a. O., für die Fälle Ziff. 1 u. 3 theilt sie auch Adamkiewicz a. a. O. Dagegen läßt 1) die herrschende Meinung Uebergang des Pfandrechts ohne seine Forderung nur in dem ersten der genannten Fälle eintreten; in den übrigen läßt sie mit dem Pfandrechte zugleich seine Forderung, und das Pfandrecht nur auf Grund des Ueberganges der Forderung übergehen, vgl. namentlich Glück XIX S. 351 fg., Linde a a. O. (Note 14) S. 291 fg., Mühlenbruch Cession S. 482—488, Puchta § 213 (welcher Letztere sogar den Fall unter Ziff. 1 nicht ausnimmt), Schmid a. a. O. (welcher im Falle Ziff. 1 Fortdauer des alten Pfandrechts mit naturalis obligatio annimmt), Arndts § 374 Anm. 1; für den Fall Ziff. 4 wird diese Meinung vertheidigt auch von Luden Arch. f. civ. Pr. LIII S. 35 fg., Zimmermann das. S. 388 fg., Adamkiewicz a. a. O. 2) Umgekehrt ist Dernburg a. a. O. der Ansicht, daß in allen hierher gehörigen Fällen weder Forderung noch auch Pfandrecht übergehe, sondern daß in denselben ein neues Pfandrecht entstehe, welchem dann durch gesetzliche Vorschrift vielfach die gleiche juristische Stellung und namentlich der Rang des untergegangenen beigelegt werde. Diese Meinung theilen für den Fall Ziff. 1 Adamkiewicz a. a. O., für den Fall Ziff. 1—3 Bachofen a. a. O., dieser Letztere jedoch mit der Modification, daß er den Rang und die rechtlichen Vorzüge des abgetretenen Pfandrechts in dem neuen fortdauern läßt. Vgl. auch Simon Arch. f. civ. Pr. XLI S. 56—61, Karsten die fingirte Cession (Rostock 1874) S. 113 fg. — Die Sache liegt so, daß sich zu einem zweifellosen Resultat kaum wird gelangen lassen. Jedoch spricht gegen die herrschende Meinung, daß die Quellen von einem Uebergang der Forderung nirgends reden; daß, wenn die Forderung wirklich überginge, der abfindende Nachpfandgläubiger auch die sonstigen für die Forderung bestehenden Pfandrechte erhalten müßte, obgleich er doch für diese Nachpfandgläubiger nicht ist; endlich, daß nicht abzusehen ist, warum Uebergang eines Pfandrechts ohne seine Forderung nicht überhaupt möglich sein sollte, wenn er in Einem

im Folgenden mit Zugrundelegung der Unterscheidung zwischen Pfandrecht an körperlichen und Pfandrecht an unkörperlichen Sachen gehandelt werden. —

Fall wirklich eintritt. Für die herrschende Meinung darf man sich nicht auf l. 1 § 11 D. de exerc. act. 14. 1, l. 2 D. de cess. bon. 42. 3, l. 24 § 3 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 10 § 1 D. quae in fr. cred. 42. 8 berufen denn man würde das nur in dem Sinne thun dürfen, daß man aus diesen Stellen den allgemeinen Satz herleitete, daß überhaupt, wer einem Schuldner die Mittel zur Befriedigung seines Gläubigers gewährt, dessen Forderungsrecht erwerbe, und s. gegen diesen Satz Note 4. Sondern die genannten Stellen lassen sich, wie mir scheint, in keiner andern Weise erklären, als durch die Annahme, daß hier durch gesetzliche Vorschrift einer Forderung eine gleiche Kraft beigelegt werde, wie sie eine untergegangene frühere hatte. Und dieß spricht entschieden für Dernburg's Auffassung. Es ist auch zuzugeben, daß gegen diese letztere Auffassung nicht die von den Quellen in Betreff der hypothekarischen Succession gebrauchten Ausdrücke: loco succedere, in locum succedere, in locum substitui, in pignus succedere, in ius succedere Dernburg a. a. O. S. 492) geltend gemacht werden dürfen. Es ist keineswegs nothwendig, diese Ausdrücke von einem Eintreten in das identische Recht des Vorgängers zu verstehen; es ist möglich, daß sie nichts Anderes sagen wollen, als daß der Nachfolger eine gleiche Rechtsstellung gewinne, wie der Vorgänger (vgl. l. 2 D. de cess. bon. 42. 3, l. 24 D. de pec. const. 13. 5, Gai. III. 7, Ulp. XXVI. 2, Dig. 38. 9 de successorio edicto, l. un. C. etiam ob chirogr. 8. 26 [27]). Von der anderen Seite: wenn wirklich das durch die s. g. hypothekarische Succession begründete Pfandrecht in aller und jeder Beziehung die gleiche juristische Stellung hätte, wie das zuvor dagewesene, könnte man die Frage, ob es das alte sei, oder ein neues, immerhin auf sich beruhen lassen, da ja der Begriff der Rechtsnachfolge nur darin seine Bedeutung hat, daß durch eine eingetretene Rechtsveränderung die vorhanden gewesene juristische Bestimmtheit nicht weiter aufgehoben wird, als die Veränderung reicht (§ 64 Note 1). Und das ist denn auch die einzige praktische Differenz zwischen der Ansicht Dernburg's und der hier vertretenen, daß nach der letzteren in Beziehung auf das Pfandrecht Alles so bleibt, wie es gewesen ist, nach der Ansicht Dernburg's aber, wenn ich ihn recht verstehe, nur der Rang und allenfalls die Begünstigung in Betreff des Verkaufsrechts (nach l. 3 D. quae res pign., s. a. a. O. S. 509. 510), es müßte denn ausdrücklich Weiteres ausgemacht sein. Ich muß nun gestehen, daß Dernburg das Argument, welches in dieser Beziehung in der genannten l. 3 D. quae res pign. gegen ihn liegt, mir auch durch die Erklärung, welche er jetzt von dieser Stelle gibt (vgl. Arch. S. 23. 24), nicht aus dem Wege geräumt zu haben scheint, und zu beachten ist doch auch l. 7 § 5. 6 D. de reb. eor. 27. 9, obgleich diese Stelle freilich keinen entscheidenden Beweis liefert (Dernburg a. a. O. S. 501. 502). Daß in den Fällen Ziff. 1. 2 Einwilligung des Eigenthümers erforderlich ist, ist kein Beweis für die Neubegründung des Pfand-

Das Pfandrecht ist von obligatorischen Verpflichtungen, sowohl des Pfandgläubigers als des Verpfänders, begleitet, in gleicher Weise wie Nießbrauch, Emphyteusis und Superficies von obligatorischen Verpflichtungen begleitet sind. Den Ausgangspunkt für die das Pfandrecht umgebenden obligatorischen Verpflichtungen bildet im römischen Recht der Fall der Hingabe einer Sache zum Faustpfand; später sind die für diesen Fall entwickelten Grundsätze auf andere Arten des vertragsmäßigen Pfandrechts, so wie auf nicht vertragsmäßige Pfandrechte, so weit die Verhältnisse die gleichen sind, übertragen worden[1].

A. Inhalt des Pfandrechts an körperlichen Sachen.

1. Recht des Besitzes.

§ 234.

Dem Pfandgläubiger kann möglicherweise sogleich bei der Verpfändung die verpfändete Sache zum Besitz übergeben worden sein (Faustpfand). Ist dieß nicht der Fall, so kann er sich im Falle der Nichtbefriedigung in den Besitz derselben setzen. In dem einen und dem andern Falle braucht er die Sache dem Verpfänder nicht eher herauszugeben, bis er für die Pfandforde-

---

rechts; es ist ein sich von selbst aufdrängender Gedanke, daß über ein vacant werdendes Pfandrecht nur der Eigenthümer disponiren dürfe. Wenn ich in der ersten Auflage für entscheidend gegen Dernburg erklärt habe, daß derselbe sich genöthigt sehe, beim ius offerendi eine (gesetzliche) Neubegründung eines Pfandrechts ohne Forderung anzunehmen, so halte ich das jetzt nicht mehr aufrecht; denn es wird dem Ausbezahlenden die actio negotiorum gestorum nicht versagt werden können (s. II § 431 Note 12 und namentlich l. 3 C. de neg gest. 2. 18 [19]). Jedenfalls aber hat Dernburg beim ius offerendi eine neue und bisher unbekannte Art gesetzlichen Pfandrechts. Denn wenn er jetzt auszuführen sucht (a. a. O. S. 518 fg.), daß die Ausbezahlung des Vorhypothekars durch den Nachhypothekar eine Erweiterung des nachstehenden Pfandrechts nach dem Gesichtspunkt der Verwendung bewirke (l. 8 § 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 6 C. de pign. 8. 13 [14]), so halte ich das in keiner Weise für zutreffend. Der Nachhypothekar zahlt nicht um sein Pfandrecht in der demselben an und für sich zukommenden Kraft zu erhalten, sondern um demselben eine ihm an und für sich nicht zukommende Kraft neu zu erwerben. — Eine dankenswerthe Uebersicht über die in den neueren Hypothekengesetzen vertretenen Auffassungen gibt Roth Arch. f. civ. Pr. LXII S. 106 fg.

§ 233c. [1] Vgl. II § 381. Dernburg I S. 138—169.

rung befriedigt worden ist. Aber auch nachdem er für die Pfandforderung befriedigt worden ist, hat er nach der positiven Bestimmung des römischen Rechts dem verpfändenden Schuldner gegenüber ein Retentionsrecht wegen seiner sonstigen Forderungen gegen denselben[1].

Ebenso wenig wie die Pfandsache braucht der Gläubiger vor seiner Befriedigung die von der Pfandsache gezogenen Früchte herauszugeben. Da nun Früchte nicht zum Aufbewahren bestimmt sind, darf er dieselben auch verzehren[2], muß sich aber den Werth derselben zuerst auf die Zinsen, dann auf das Kapital anrechnen[3]. Ist die Sache ihm zum Faustpfand gegeben, so kann

---

[1] L. un. C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse § 234. 8. 26 [27] (Gordianus III. a. 240). Dem verpfändenden Schuldner gegenüber: nicht gegenüber dem nachstehenden Pfandgläubiger, was die Stelle ausdrücklich hervorhebt; aber auch nicht gegenüber dem Verpfänder, welcher für eine fremde Schuld verpfändet hat. Ueber diese und andere Fragen, zu denen die Stelle Veranlassung gegeben hat, s. Glück XV S. 130 fg., Fritz Erläuterungen I S. 290—295, Sintenis Pfandr. S. 243—246, Schenck die Lehre vom Retentionsrecht (1837) § 71. 92, Vangerow I § 382 Anm., Dernburg II S. 94—107, Schlayer Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 102 fg. Seuff. Arch. XIX. 128, XXIX. 224. Budde Entsch. d. OAG. zu Rostock VII Nr. 31.

[2] Andere geben dem Pfandgläubiger Eigenthum an den Früchten, so namentlich Dernburg II S. 71 fg., ferner Bachofen Nr. V und Böcking § 151 Note 17, die Letzteren indem sie den Pfandgläubiger als b. f. possessor ansehen — hiergegen Keller Rec. S. 1001 fg., Dernburg a. a. O. Gegen den Eigenthumserwerb auch Göppert die organischen Erzeugnisse S. 388 fg. Natürlich kann es aber ausgemacht werden, daß der Pfandgläubiger Eigenthümer der Früchte werden solle. In diesem Fall entsteht die Frage, ob er das Eigenthum erwirbt kraft der Gestattung des Verpfänders, wie ein Pächter, oder kraft dinglichen Rechts. Das Letzte läßt sich vertheidigen unter dem Gesichtspunkt, daß ihm ein dingliches Nutzungsrecht pignoris causa bestellt worden sei. Zu weit geht Kohler pfandrechtliche Forschungen S. 63 fg. 166 fg. (Note 6a). Vgl. Exner krit. VJSchr. XXIV S. 505 fg.

[3] L. 1—3. 12 C. de pign. act. 4. 24, l. 12 [11] C. de usur. 4. 32, l. 2 C. de partu pign. 8. 24 [25], l. 1 C. de distr. pign. 8. 27 [28], l. 23 pr. D. de pign. 20. 1, l. 5 § 21 D. ut in poss. leg. 36. 4. Von der anderen Seite ist der Gläubiger auch verpflichtet, die Interessen des Schuldners in Betreff der Fruchtziehung zu wahren; daher die Anrechnung auch dann geschieht, wenn er durch seine Schuld keine Früchte gezogen hat, l. 3 C. de pign. act., l. 2 C. de partu pign. — Wie ist es, wenn der Pfandgläubiger in anderer Weise, als durch Verzehren von Früchten, aus der Pfandsache einen Gewinn zieht, muß er auch diesen sich anrechnen bez. herausgeben? S. l. 21 § 2 D. de

er aus den Früchten Zinsen entnehmen, auch ohne daß ihm Zinsen versprochen worden sind[4]. Es kann auch ausgemacht werden, daß die Früchte statt der Zinsen dienen sollen[5], in welchem Falle die Bestimmungen des römischen Rechts über das erlaubte Zinsmaß, wenn nicht offenbarer Zinswucher vorlag, keine Anwendung fanden[6]. Auch das kann ausgemacht werden, daß der Gläubiger seine Sicherheit allein in dem Besitz oder der Nutzung der Pfandsache haben solle, so daß ihm ein Verkaufsrecht nicht zusteht[6a].

---

pign. 20. 1, l. 63 § 4 D. de A. R. D. 41. 1, l. 22 pr. § 1 D. de pign. act. 13. 7 (l. 15 pr. D. de furt. 47. 2, l. 80 [79] eod., l. 74 D. de sol. 46. 3 l. 46 D. de R. I. 50. 17), und Dernburg I S. 142—151. — Es kann übrigens bei der Verpfändung sowohl ausgemacht werden als stillschweigend verstanden sein, daß der Gläubiger das Pfand nicht solle benützen dürfen; in diesem Falle macht er sich, wenn er es dennoch thut, der Entwendung (furtum) schuldig, l. 55 [54] pr. D. de furtis 47. 2, § 6 I. de obl. quae ex. del. 4. 1; vgl. l. 6 § 1 D. de pign. act. 13. 7, l. 9 § 2 D. de suppell. leg. 33. 10. — Ueber das Ganze s. Dernburg II S. 67—73.

[4] L. 8 D. in quib. caus. pign. 20. 2. „Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratae ad modum legitimum usuras retinere". Es hat von jeher nicht an Versuchen gefehlt, die l. 8 cit. zu beseitigen, der letzte ist von Stephan Arch. f. civ. Pr. XXX S. 355 fg. (1847). S. dagegen Vangerow I § 384 Anm. 2, Dernburg II § 89.

[5] Dafür war bei den Römern der Ausdruck antichresis gebräuchlich. (In dem in der vorigen Note bezeichneten Fall sprechen die Neueren von einer antichresis tacita.) Vgl. über dieses Rechtsverhältniß Glück XIV S. 104 fg., Sintenis S. 261 fg., Dernburg II § 91, Göppert a. a. O. S. 296 fg. Aelteres deutsches Recht: Meibom S. 341 fg. — Es scheint, daß man in der römischen Jurisprudenz verschiedener Meinung darüber war, ob der Ausdruck pignus die antichresis mit umfasse, und ob daher nicht die Formel der actio hypothecaria und pignoraticia besonders eingerichtet werden müsse, um den Judex zu befähigen, über ein solches Rechtsverhältniß zu erkennen; daher l. 33 D. de pign. act. 13. 7, l 11 § 1 D. de pign. 20. 1. Andere beziehen die letztere Stelle auf eine Antichresis ohne Verpfändung, so namentlich Glück S. 108 fg., Dernburg II S. 92.

[6] L 17 C. de usur. 4 32. „Si ea lege possessionem mater tua apud creditorem suum obligavit, ut fructus in vicem usurarum consequeretur, obtentu maioris percepti emolumenti propter incertum fructuum proventum rescindi placita non possunt". Vgl. l. 14 C. eod. Vgl. außer den Genannten Seuffert Erörterungen II S. 105 fg., Vangerow I § 384 Anm. 2, Holzschuher II § 125 Nr. 10.

[6a] Von diesem Falle vorzugsweise handelt die in Note 2 citirte Schrift von Kohler: pfandrechtliche Forschungen, Jena 1882. Vgl. über dieselbe

§ 235*.

Gegen denjenigen, welcher ihm den Besitz der Pfandsache vorenthält, steht dem Pfandgläubiger ein Anspruch auf Grund seines Rechts an der Sache, also ein dinglicher Anspruch, und bei Verweigerung der Befriedigung desselben eine dingliche Klage zu (§ 122)[1]. Hierüber ist folgendes Nähere zu bemerken.

1. Fälligkeit der Schuld[1a] ist nicht unumgängliche Voraussetzung des Pfandanspruchs und der Pfandklage. Einmal dann nicht, wenn es sich um eine zum Faustpfand gegebene Sache handelt, gemäß des in einer solchen Verpfändung ausgesprochenen Willens des Eigenthümers; und auch bei anderen Pfändern kann vor der Fälligkeit der Schuld Herausgabe verlangt werden, wenn das Interesse des Gläubigers es erfordert[2]. Nicht das Gleiche

---

Exner krit. VJSchr. XXIV S. 503 fg., Cosack Zeitschr. f. Handelsr. XXIX S. 320 fg.

* Sintenis § 59, Dernburg II § 126—134. Glück XVIII S. 309—392.

[1] Actio Serviana, quasi Serviana, utilis Serviana, hypothecaria, pignoraticia (in rem). Eine prätorische Klage (l. 17 § 2 D. de pact. 2. 14), ursprünglich aufgestellt, als Serviana actio, für den Fall, wo der Pächter das auf das gepachtete Grundstück Eingebrachte verpfändet hatte, später, als actio quasi Serviana oder utilis Serviana, ausgedehnt auf alle anderen Fälle des Pfandrechts, aber auch in dieser Ausdehnung sehr gewöhnlich actio Serviana schlechthin genannt. S. § 7 I. de act. 4. 6 und die bei Bachofen S. 28—30 citirten Stellen. Sie ist eine in rem actio, eine vindicatio, petitio, und zwar rei, nicht iuris, § 31 I. de act. 4. 6, l. 18 C. de pign. 8. 13 [14], l. 12 § 1 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 16 D. de serv. 8. 1. Bachofen S. 30. 31, Dernburg II S. 289. 290. Ueber die Geschichte und die Formel der Serviana actio s. namentlich Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 168, Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIII S. 226 fg., Bachofen Nr. II und S. 637, Keller Rec. S. 972 fg., Dernburg I § 6. 7, Scheurl Rec. S. 429, A. Thon Zeitschr. f. RGesch. II S. 262 fg., Schmid Grundlehren der Cession I S. 97 fg., Lenel Edictum perpetuum S. 395 fg. § 235.

[1a] Vgl. Seuff. Arch. XXXI. 317.

[2] L. 14 pr. D. de pign. 20. 1. „Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit. Et puto, dandam pignoris persecutionem, quia interest mea. Et ita Celsus scribit". Der Richter kann sich nach der freien ihm bei der Pfandklage eingeräumten Stellung (actio arbitraria) auch damit begnügen, Bestellung einer Caution zu verfügen; Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 165 will nur eine Klage auf Caution gestatten. Andere (Glück XVIII S. 327,

gilt, wenn die Pfandschuld eine bedingte ist, während bei bedingter Verpfändung wenigstens Sicherstellung begehrt werden kann[3].

2. Abgefordert werden kann die Sache von jedem Besitzer[4], Verpfänder oder Drittem[5]. Ueber das Nähere entscheiden die Grundsätze von dem Eigenthumsanspruch und der Eigenthumsklage (§ 196 Ziff. 2. 3)[6].

3. Auch in Betreff des Inhalts des Pfandanspruchs und der

Sintenis S. 54, Leist bon. possessio I S. 377) verstehen die l. 14 pr. cit. nur von dem Falle des Faustpfands; noch Andere (Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIII S. 217, Bachofen S. 13 Note 8) sehen in derselben eine Eigenthümlichkeit des interdictum Salvianum. Dawider Keller Rec. S. 967 fg., Dernburg II S. 299, Stölzel Arch. f. civ. Pr. XLV S. 376 fg. Ueber l. 10 C. de pign. 8. 13 [14] s. Huschke a. a. O. S. 164, Bachofen S. 179, Dernburg II S. 377 fg. — Seuff. Arch. VI. 159, XI. 215.

[3] L. 13 § 5 D. de pign. 20. 1. Die Formel verlangte Verpfändung für eine Schuld. Von einer bedingten Verpfändung konnte man immerhin sagen, sie sei Verpfändung; ebenso von einer befristeten Schuld, sie sei Schuld, (§ 96 Note 5). Aber man konnte nicht auch von einer bedingten Schuld sagen, daß sie Schuld sei (§ 89 Note 1). Vgl. überhaupt Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 146—148. 163—172. Dernburg II S. 299 glaubt, auch im Falle bedingter Schuld sei actio utilis gegeben worden, was sich in der Sache sehr empfiehlt, aber schlecht zu l. 13 § 5 cit. paßt.

[4] L. 16 § 3 D. de pign. 20. 1. Seuff. Arch. III. 150.

[5] Der Dritte kann auch der Eigenthümer sein; wer das Eigenthum der Pfandsache erwirbt, erwirbt es „cum sua causa". L. 18 § 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 15 C. de pign. 8. 13 [14], l. 10 C. de rem pign. 8. 25 [26], l. 12 C. de distr. pign. 8. 27 [28]. Nichtig ist die Veräußerung der Pfandsache durch den Eigenthümer, wenn sie durch Vertrag verboten ist (§ 172a Note 8), und in der Veräußerung einer verpfändeten beweglichen Sache, um sie dem Gläubiger zu entziehen, liegt eine Entwendung (furtum), welche jedoch den Eigenthumserwerb auf Seite des redlichen Empfängers nicht ausschließt. L. 19 § 6 l. 62 [61] § 8 l. 67 [66] pr. D. de furt. 47. 2, l. 36 D. de nox. act. 9. 4, Nov. 112 c. 1. Fritz Erläuterungen I S. 495—496, Vangerow I § 384 Anm. 1, Dernburg II S. 6—10. (Heutzutage unpraktische Beschränkungen des Veräußerungsrechts des Eigenthümers: l. 3 D. de manum. 40. 1, l. 3 C. de servo pign. dato 7. 8, l. 29 D. qui et a quib. 40. 9; l. 2 § 9 D. de relig. 11. 7. Dernburg II S. 12—19.)

[6] Die actio hypothecaria ist petitio rei, und ausdrücklich anerkannt ist in den Quellen, daß sie auch gegen denjenigen gehe, „qui dolo desiit possidere", l. 16 § 3 cit. Seuff. Arch. XXXVIII. 110 (RG.). Hiernach ist es keiner Frage unterworfen, daß namentlich auch in Betreff der Verhaftung desjenigen, welcher ohne Arglist den Besitz verloren, sowie desjenigen, welcher,

aus demselben erfolgenden Verurtheilung gelten im Allgemeinen dieselben Grundsätze, wie beim Eigenthum (§ 193. 194)[7]. Nur werden, wenn es zur Geldcondemnation kommt, der Schuldner, der nachstehende Pfandgläubiger und jeder Besitzer, welcher einen Regreß gegen den Schuldner hat, nie auf Mehr verurtheilt, als auf den Betrag der Schuld[8]; und was die Früchte angeht[9], so wird a) auf dieselben überhaupt nur dann verurtheilt, wenn die Hauptsache zur Befriedigung des Gläubigers nicht ausreicht[10]; b) auf diejenigen, welche vor dem Beginne des Processes gezogen

ohne zu besitzen, sich arglistigerweise in den Proceß eingelassen hat, die Regeln von der rei vindicatio maßgebend sind. Vgl. überhaupt Dernburg II S. 291—294. — Actio hypothecaria als actio negatoria gegen den Nichtbesitzer: Seuff. Arch. XXXII. 25.

[7] Aus l. 16 § 3 cit. geht im Besonderen hervor, daß gegen denjenigen, welcher in Folge seiner Arglist nicht mehr besitzt, das Interesse durch Eid bestimmt werden kann, was freilich heutzutage nicht mehr gilt (§ 133 Note 15). — Erfolgt der Pfandverkauf, wie heutzutage regelmäßig bei unbeweglichen Sachen (§ 237 Note 11a), durch den Richter, so wird der Pfandgläubiger häufig kein Interesse haben, Herausgabe der Pfandsache zu verlangen; er trägt dann nur darauf an, das Gericht möge sein Pfandrecht anerkennen, die Stellung der Pfandsache zum öffentlichen Verkaufsverfahren verordnen, und den Beklagten zur Herausgabe der Pfandsache an den künftigen Erwerber verurtheilen. Vgl. Dernburg II § 120, Bähr Jahrb. f. Dogm. XIII S. 185. — Ueber Beweisfragen s. Dernburg II § 130.

[8] Dieß sagt für den Schuldner l. 21 § 3 D. de pign. 20. 1. L. 16 § 6 eod. ist jedenfalls im Zusammenhange der Justinianischen Compilation von dem Falle zu verstehen, wo der Schuldner durch ein Versehen des Richters auf Mehr als den Betrag seiner Schuld verurtheilt worden ist; der Verfasser der Stelle aber war wohl überhaupt abweichender Meinung (s. auch § 3 eod.). Der Grund, weßwegen der Schuldner nicht auf Mehr als den Betrag seiner Schuld verurtheilt wird, ist, weil der Gläubiger ihm das Mehr doch herausgeben müßte. Daraus folgt von selbst, daß das Gleiche für den nachstehenden Pfandgläubiger gelten muß, und auch die Gleichstellung des dritten Besitzers, welcher einen Regreß gegen den Schuldner hat, rechtfertigt sich durch die Betrachtung, daß das Mehr, welches von ihm gefordert wird, indirect vom Schuldner gefordert wird. Vgl. noch Dernburg II 315—317.

[9] Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 273 fg., Francke Arch. f. civ. Pr. XXX S. 189 fg., Vangerow I § 370 Anm. Nr. II, Jancke in der § 226a Note 9 citirten Schrift S. 260 fg., Dernburg II S. 318—320, Göppert die organischen Erzeugnisse S. 392 fg.

[10] L. 16 § 4 D. de pign. 20. 1: — „quid enim si minoris sit praedium, quam debetur?“ Francke a. a. O. S. 193 will dieß auf die zuvor genannten Personen beschränken.

sind, auch unter dieser Voraussetzung nur dann, wenn sie zur Zeit des Beginnes des Processes noch vorhanden waren[11] und bei ihrer Entstehung in das Eigenthum des Verpfänders gelangt sind[12].

4. Einen Gegenanspruch wegen Verwendungen[13] hat der Schuldner nie[14], der Eigenthümer der Pfandsache, welcher nicht Schuldner ist, nur wegen solcher Verwendungen, durch welche der Verkaufswerth[14a] der Sache jetzt noch erhöht ist[15], jeder Dritte nach den beim Eigenthum geltenden Grundsätzen (§ 195)[16].

---

[11] L. 16 § 4 cit.: „nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi exstent et res non sufficit". Francke a. a. O. S. 192 will den bösgläubigen Besitzer auch für die nicht mehr vorhandenen Früchte nach den Grundsätzen von der Eigenthumsklage haften lassen. Dagegen Vangerow a. a. O. S. 829.

[12] Denn sonst sind sie dem Pfandrechte gar nicht unterworfen (§ 226a Note 11). Die nach dem Beginne des Processes gezogenen Früchte müssen, auch wenn sie in das Eigenthum des besitzenden Dritten gelangt sind, nach dem Grundsatz herausgegeben werden, daß die Dauer des Processes dem Beklagten nicht zum Vortheil gereichen soll (§ 124). L. 16 § 4 D. cit.: — „ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet". — Dernburg S. 320 will die Verurtheilung auch auf die nicht in das Pfandrecht gefallenen Früchte erstreckt wissen, mit Beschränkung jedoch auf die nach der Fälligkeit der Forderung gezogenen. Dernburg meint, der Kläger könne sagen, der Besitzer verdanke es nur seiner Nachsicht, daß er diese Früchte nicht nach dem Processe gezogen habe. Aber nicht nur scheint mir dieses Argument von zweifelhaftem Werth, sondern auch die Voraussetzung, die Stelle habe den gewöhnlichen Fall des beklagten Verpfänders im Auge, viel näher zu liegen, als die von Dernburg gemachte (Fruchtgewinn nach Fälligkeit der Forderung).

[13] Hierüber eine besondere Abhandlung von Burchardi Arch. f. civ. Pr. XX S. 161 fg. (1837). Dernburg II § 139. 140. S. auch Großkopf zur Lehre vom Retentionsrecht (1858) S. 40—44. 114—116.

[14] Denn reichte die Sache nach Abzug der Verwendungen zur Befriedigung des Gläubigers nicht hin, so müßte er dennoch nachzahlen; gewährt sie, wie sie ist, einen Ueberschuß, so bekommt er denselben ohnehin zurück.

[14a] Vgl. Dernburg a. a. O. S. 355—356.

[15] Er hat also nicht nur keinen Anspruch wegen der s. g. impensae voluptuariae, was allgemeinen Grundsätzen gemäß ist (§ 195 Note 10. 11), sondern auch keinen wegen der nothwendigen Verwendungen (nothwendige Verwendungen erhalten nur die Sache, aber steigern nicht ihren Werth). Denn derjenige, dem er durch diese Verwendungen die Sache erhalten hat, ist in erster Linie er selbst. Bewiesen wird der hier aufgestellte Satz durch l. 44 § 1 D. de damno inf. 39. 2, wo übrigens eine Ausnahme für denjenigen gemacht

5. In Betreff der Einreden gilt hier folgendes Besondere.

a) Der Pfandanspruch unterliegt den gleichen Einreden, wie die durch das Pfandrecht versicherte Forderung[16a]; nur können dritte Besitzer (Besitzer außer dem Schuldner) nicht solche Einreden entgegensetzen, welche höchst persönlicher Natur sind, sie müßten denn einen Rückgriff gegen den Schuldner haben (§ 225 Note 3).

b) Jeder Besitzer gewinnt dadurch eine Einrede gegen den Pfandanspruch, daß er sich bereit erklärt, den Gläubiger für seine Forderung zu befriedigen[17]. Ist er rechtmäßiger Besitzer, so kann er zugleich verlangen, daß der Gläubiger ihm gegen Befriedigung seine Forderung mit ihren Accessionen abtrete[18].

c) Dritte Besitzer können verlangen, daß der Gläubiger seine Befriedigung zuerst bei dem Schuldner und dessen Bürgen suche[19].

---

wird, welcher ein ihm Schaden drohendes Gebäude reparirt, dessen Eigenthum ihm wegen verweigerter cautio damni zugesprochen wird. Daß der Eigenthümer einen Anspruch auf Ersatz der werthsteigernden Verwendungen hat, sagt l. 29 § 2 D. de pign. 20. 1 (wo die bonae fidei possessio nicht etwa von einem Nichtkennen des Pfandrechts verstanden werden darf). Ueber die verschiedenen Ansichten in Betreff des Verhältnisses der genannten beiden Stellen und der aus ihnen zu entwickelnden Rechtssätze s. Dernburg a. a. O. S. 359—363. Aus der Praxis: Seuff. Arch. IX. 11, XI. 127.

[16] L. 29 § 2 cit. i. f. Vgl. Seuff. Arch. XXVI. 17. (?)

[16a] Dieser Satz ist auch durch das Princip des modernen Hypothekenrechts an und für sich nicht ausgeschlossen; nur verlangt dieses Princip, daß der dritte Erwerber einer eingeschriebenen Hypothek keinen Einreden unterliege, welche aus dem Hypothekenbuch nicht ersichtlich und ihm auch sonst nicht bekannt waren. Weiter geht übrigens das Mecklenburgische Recht (§ 225 Note 16). Vgl. Bähr Jahrb. f. Dogm. X S. 48 fg. 96 fg., v. Meibom das Mecklenburgische Hypothekenrecht § 23. 30.

[17] L. 12 § 1 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 16 § 3 D. de pign. 20. 1, l. 11 § 4 D. qui pot. 20. 4, vgl. l. 16 § 6 D. de pign. 20. 1. Die Befriedigung kann auch durch Compensation geschehen: Seuff. Arch. XIV. 20. Im Allgemeinen: Bachofen S. 501—504, Dernburg II § 131.

[18] L. 19 D. qui pot. 20. 4. Die Forderung geht aber auch ohne Abtretung über (§ 233a Note 1). Ueber Näheres s. Dernburg II § 141; auch Knorr Arch. f. civ. Pr. XXVIII S. 167 fg. Seuff. Arch. XXXV. 193 (RG.).

[19] S. g. exceptio excussionis personalis, eingeführt in Nov. 4 c. 2. Früheres Recht: l. 19 D. qui pot. 20. 4, l. 14. 24 C. de pign. 8. 13 [14], l. ult.

d) Dritte Besitzer eines für eine Bürgschaftsobligation haftenden Pfandes können den Gläubiger nicht bloß auf den Bürgen und dessen Afterbürgen, sondern auch auf seine Forderung gegen den Hauptschuldner und die für diese haftenden Pfänder verweisen[20].

e) Eine Verweisung auf andere, ihm für dieselbe Forderung haftende Pfänder[21] braucht der Gläubiger, wenn ihm keine Chicane zur Last fällt[22], sich nicht gefallen zu lassen[23], es müßte

---

C. de O. et A. 4. 10; s. aber auch l. 47 D. de l. F. 49. 14, l. 1 C. de conven. fisci debitoribus 10. 2, l. 10 C. de pign. 8. 13 [14] (Dernburg II S. 376—378). Gegen die Ansicht (Löhr Arch. f. civ. Pr. XXVI S. 6—12, s. außerdem die bei Glück XVIII S. 372 Citirten), daß durch Nov. 112 c. 1 diese Einrede für den Fall eines vom Eigenthümer veräußerten Specialpfandes wieder aufgehoben worden sei, s. Knorr Arch. f. civ. Pr. XXVIII S. 189—194, Busch das. XXXI S. 20—25, Vangerow I § 389 Anm. 2 lit. b, Seuff. Arch. VII. 11; für diese Ansicht neuerdings wieder Dernburg II S. 380. Nach der gewöhnlichen Annahme soll die Einrede wegfallen, wenn der Gläubiger den Besitz der Pfandsache bereits gehabt und zufällig wieder verloren habe; dagegen Löhr a. a. O. S. 5, dafür neuerdings Dernburg II S. 382. Gewiß fällt sie weg, wenn die Insolvenz des Hauptschuldners und des Bürgen notorisch, oder eine Klage gegen sie nicht begründet ist. Vgl. II § 478 Ziff. 3. 4. Dernburg II S. 384. Seuff. Arch. XIII. 85, XXI. 110, XXIV. 221. Auch im Fall des Concurses des Hauptschuldners und des Bürgen fällt sie weg, obgleich dieß sehr bestritten ist. S. II § 478 Ziff. 2 und die daselbst citirten Schriftsteller und Erkenntnisse, außerdem Seuff. Arch. XXI. 111, XXVI. 18, XXVIII. 204. Ist der Schuldner oder dessen Bürge abwesend, so ist durch den Richter dem Pfandbesitzer eine Frist zu bestimmen, um denselben zu stellen, widrigenfalls die Klage gegen ihn ihren Fortgang hat, Nov. 4 c. 2; a. M. Heimbach Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIII S. 392—397, gegen denselben Löhr Arch. f. civ. Pr. XXVI S. 3—5, Dernburg II S. 385. Ueber Anderes vgl. Knorr a. a. O. S. 194 fg., Seuffert § 225 Note 1a, Dernburg II § 144. Seuff. Arch. VII. 12. 157. 278, XXIV. 222. 223.

[20] Auch dieß ist in der Nov. 4 c. 2 vorgeschrieben. Man spricht auch hier von einer exceptio excussionis personalis.

[21] S. g. exceptio excussionis realis. Vgl. darüber vor Allem den Aufsatz von Thibaut Arch. f. civ. Pr. XVII S. 1 fg. (1834). Ferner: Hepp das. IX S. 368 fg., Zimmern Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 47—49, Schröter das. I S. 327—336, Simon Arch. f. civ. Pr. XLI S. 32 fg. 352 fg. Dernburg II § 142. Glück XVIII S. 235 fg.; Brinz 1. Aufl. S. 341, Vangerow I § 389 Anm. 2a.

[22] S. § 121 Note 3. Zu weit geht Guyet Arch. f. civ. Pr. XVIII S. 368—372. Vgl. auch Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 328—329, und s. noch § 231 Note 1.

denn ein dahin zielendes Abkommen ausdrücklich oder stillschweigend getroffen worden sein[24]. Auf ein solches Abkommen kann sich auch der dritte Besitzer, welcher sein Recht zu besitzen von dem Verpfänder ableitet, berufen[25].

f) Dem Pfandanspruch kann einredeweise, wie jedes andere dingliche Recht an der Sache, so auch ein Pfandrecht, vorgehendes oder gleiches, entgegengesetzt werden[26].

g) Der Pfandanspruch verjährt gegen den Schuldner (Verpfänder) und dessen Erben, so wie gegen den nachstehenden Pfandgläubiger bei Lebzeiten des Schuldners (Verpfänders), erst in 40 Jahren[27].

---

[23] L. 8 D. de distr. pign. 20. 5, l. 2 D. qui pot. 20. 4.

[24] Dieses Abkommen ist nicht so zu denken, daß erst dann die besessene Sache verpfändet sein solle, wenn eine andere dem Gläubiger keine Befriedigung gewähren sollte; denn in diesem Falle (von welchem l. 2 D. qui pot. 20. 4 handelt, vgl. darüber Thibaut Arch. f. civ. Pr. XVII S. 6 fg., Dernburg II S. 371) würde bis zur Erfüllung dieser Bedingung der Pfandanspruch an sich nicht begründet sein. Sondern es ist so zu denken, daß das Pfandrecht an den mehreren verpfändeten Sachen in einer gewissen Weise ausgeübt werden solle. Ein stillschweigendes Abkommen dieser letzteren Art kann namentlich liegen in der gleichzeitigen Verpfändung specieller Sachen und des gesammten Vermögens. Von diesem Falle handelt l. 2 C. de pign. 8. 13 [14], und wohl auch l. 9 C. de distr. pign. 8. 27 [28].

[25] L. 2 C. de pign. cit. Diese Stelle nennt nur den nachstehenden Pfandgläubiger; aber sie ist ein Rescript, und es ist nicht abzusehen, warum gerade dieser eine bevorzugte Stellung verdienen sollte. Andere, welche die Entscheidung dieser Stelle nicht, wie hier geschehen, auf einen stillschweigenden Vertrag zurückführen, sondern in derselben eine positive Verfügung erblicken (so auch neuerdings Dernburg a. a. O.), wollen sie deßwegen auch nicht über den Pfandgläubiger, oder nicht über den Pfandgläubiger und den Eigenthümer und dessen Rechtsnachfolger, hinaus erstreckt wissen — man müßte die Consequenz leugnen, selbst wenn der Ausgangspunkt richtig wäre (§ 29 Note 3). Eine Singularität liegt in der Entscheidung der Stelle auch nach der hier vertretenen Auffassung insofern, als die Berufung auf einen bloß obligatorischen Vertrag auch Personen gestattet wird, welche nicht Gesammtnachfolger sind.

[26] L. 10 D. de pign. 20. 1, l. 12 pr. § 7 D. qui pot. 20. 4. Es kann aber der Besitzer sich auf ein Pfandrecht aus der Person desjenigen, von welchem auch der Kläger sein Pfandrecht herleitet, wenn er das Eigenthum desselben bestritten hat und ihm dieses Eigenthum nachgewiesen worden ist, nicht berufen, ohne vorher die Sache herauszugeben. Dieß sagt Nov. 18 c. 10 (sie sagt nicht bloß dieß, obgleich sie von Auth. *Item possessor* C.

§ 236.

Der bisher betrachtete dingliche Pfandanspruch ist nicht der einzige Anspruch, mit welchem Herausgabe des Besitzes der Pfandsache verlangt werden kann. Der vertragsmäßige Pfandgläubiger hat gegenüber dem andern Contrahenten auch einen persönlichen Anspruch aus dem abgeschlossenen Vertrag[1], und der Pfandgläubiger, welcher einmal im Besitz gewesen ist, genießt im Falle des Verlustes des Besitzes den gleichen Schutz, wie der Besitzer in eigenem Namen[2].

Selbsthülfe ist beim Pfandrecht nach den gleichen Grundsätzen verboten wie sonst[3]. Es kann aber der Vermiether den Miether an der Wegbringung der in den gemietheten Raum eingebrachten Sachen verhindern[4], und bloß provisorischen Besitz, ohne daß damit die Frage nach seinem Rechte definitiv erledigt wäre, kann

---

qui pot. 8. 17 [18] nur in diesem Sinne verstanden worden ist. Vgl. § 197 Note 1.

[27] L. 7 pr. — § 2 C. de praescr. XXX. 7. 39. Unterholzner Verjährungslehre II S. 271—273, Arndts § 390 Anm. 3, Dernburg II S. 604—606. Seuff. Arch. VI. 161.

§ 236. [1] L. 3. 22 § 3 D. de pign. act. 13. 7. Diese Stellen handeln nur vom Faustpfandgläubiger. Aber ohne allen Zweifel liegt in jeder Pfandbestellung auch die Uebernahme der persönlichen Pflicht zu den dem Pfandrechte entsprechenden Leistungen, und nach heutigem Recht bedarf der obligatorische Vertrag zur vollen Wirksamkeit nicht mehr einer Form oder ihres Ersatzes. Dernburg I S. 167—169.

[2] S. § 154 Note 3.

[3] Paul. sentent. II. 14 § 5, l. 2 § 18 D. vi bon. rapt. 47. 8, l. 3 C. de pign. 8. 13 [14], vgl. l. 11 C. de pign. act. 4. 24. Dernburg II § 134, vgl. auch § 135.

[4] L. 9 D. in quib. caus. pign. 20. 2, l. 33. 34 D. de damno inf. 39. 2. Ueber die Frage, ob nicht dem Vermiether dieses Zurückbehaltungsrecht auch da noch zusteht, wo sein Pfandrecht particularrechtlich aufgehoben ist, vgl. die Aufsätze in der Mecklenb. Zeitschr. f. RPfl. u. RWissensch. III S. 70 fg. 93 fg. u. die Citate daselbst. — Nach Befriedigung des Vermiethers wird dem Miether gegen die Verhinderung desselben richterliche Hülfe gewährt (interdictum de migrando, Dig. 43. 32); ebenso in Betreff der Sachen, die gar nicht „pignoris nomine inducta sunt“ (l. 1 § 5 D. tit. cit.). Vgl. Dernburg II § 136; auch Schwarze und Heine Untersuchung praktisch wichtiger Materien S. 127 fg. Dernburg will das gleiche Recht auch dem Verpächter geben, auf Grund eines wie mir scheint unbegründeten Schlusses aus l. 5 C. in quib. caus. pign. 8. 14 [15].

jeder Pfandgläubiger schon auf summarische Cognition hin erlangen, wenigstens gegen den Verpfänder[5].

2. Recht des Verkaufes*.

§ 237.

Dasjenige Recht, welches dem Gläubiger auf dem geradesten und sichersten Wege zu seiner Befriedigung verhilft, und welches

---

[5] So hat die Praxis von jeher das römische interdictum Salvianum (Dig. 43. 33, Cod. 8. 9) verstanden; ob auch das römische Recht demselben nur provisorische Bedeutung zugeschrieben habe, ist bestritten und muß dahin gestellt bleiben. Ueberhaupt ist über das Salvianum viel Streit, so namentlich darüber, ob es nur dem Verpächter zustehe (für welchen es, wie die Serviana actio, ursprünglich eingeführt worden ist, Gai. IV. 147, § 3 I. de interd. 4. 15), oder ob es in gleicher Weise wie die Serviana actio später eine Ausdehnung auf andere Pfandgläubiger erfahren habe? Die angeführten Stellen widersprechen der Ausdehnung doch nicht direct, und für dieselbe sind Paul. sentent. V. 6 § 16, l. 1 C. h. t. Eine andere viel verhandelte Frage ist die, ob das Salvianum nur gegen den Verpfänder gehe, oder auch gegen Dritte. Für Jenes l. 1 C. h. t., für Dieses l. 1 pr. § 1 D. h. t. (Theoph. ad § 3 I. de interd.). Wenn es nicht noch gelingt, einen Vereinigungsversuch zu finden, welcher mehr befriedigt, als die bisher aufgestellten (Dernburg II S. 344 will l. 1 C. cit. aus der Unterstellung einjähriger Verjährung des Interdicts in seiner Richtung gegen Dritte erklären, Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 514 Note 147 nimmt an, daß die Verhaftung des Dritten auf den Fall des Erwerbs aus doloser Veräußerung beschränkt sei), so wird nichts übrig bleiben, als zu sagen, daß die genannten Stellen sich gegenseitig aufheben, und daß daher für die Geltung des Salvianum gegen dritte Personen kein Zeugniß vorliegt — gegen den Verpfänder muß man es gewähren, wenn es überhaupt irgend welche Anwendung finden soll. Lenel Zeitschr. d. Sav.-Stift. III S. 180 sucht jetzt nachzuweisen, daß die citirte Pandektenstelle ursprünglich von der actio Serviana gehandelt habe, und daß in der Umschreibung derselben auf das interdictum Salvianum die wahre Willensmeinung der Compilatoren zu Tage trete. — Literatur des Salvianum: Zimmern Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 54—56 und Arch. f. civ. Pr. XI S. 345 fg. (1828), Thibaut das. XI S. 123 fg. (1828), Huschke Studien I Nr. 4 (1830), Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIII S. 209—225. 237—245 (1846), Bachofen S. 12—17, Keller Rec. S. 966—972. 977—981, Dernburg I S. 55—61. II S. 338—351; Fritz Erläuterungen I S. 538 fg., Brinz S. 306—308. 333—334 (2. Aufl. II S. 858), Vangerow I § 390 Anm., Wendt Faustrecht S. 261 fg., Lenel a. a. O., derf. Edictum perpetuum S. 393 fg., Dernburg Pand. I § 285 Note 4.

* Dig. 20. 5 de distractione pignorum et hypothecarum. Cod. 8. 27 [28]

daher den hauptsächlichsten Inhalt des Pfandrechts bildet, ist das Verkaufsrecht[1].

1. Die Voraussetzungen des Verkaufsrechts sind: a) Nichtbefriedigung des Gläubigers[2]; b) Fälligkeit der Schuld[3]; c) Anzeige

---

de distractione pignorum. — Sintenis § 54—57, Bachofen Nr. VI—VIII, Dernburg II S. 95—124. Glück XIX S. 382—409.

§ 237. [1] Nach früherem römischen Recht stand das Verkaufsrecht dem Pfandgläubiger nicht schon kraft der Verpfändung an sich, sondern nur kraft besonderer Einräumung zu. Aber schon zur Zeit des Ulpian war es geltendes Recht, daß die Verpfändung als solche das Verkaufsrecht gebe. Ja nach dem neuesten Rechte (Note 5) schließt selbst eine ausdrückliche Verabredung, daß nicht solle verkauft werden dürfen, als mit dem Verpfändungswillen in Widerspruch stehend, das Verkaufsrecht nicht aus. Gai. II. 64, l. 8 § 4 D. de pign. act. 13. 7, l. 73 [74] D. de furtis 47. 2, l. 3 D. quae res pign. 20. 3, l. 4 C. de pign. act. 4. 24, l. 12 § 10 qui pot. 20. 4, l. 4 D. de pign. act. 13. 7. Ueber die Geschichte des Pfandverkaufs s. Bachofen Nr. VI, Dernburg I § 8.

[2] Verweigert der Gläubiger die Annahme, so muß der Schuldner deponiren, l. 2 C. deb. vend. 8. 28 [29], l. 8 C. h. t. L. 5 eod., welche bloß vom Anbieten spricht, setzt Deposition voraus. S. auch l. 19 C. de usur. 4. 32. Vgl. Fritz Erläuterungen I S. 464—466, Vangerow I § 379 Anm. Nr. 3, Dernburg II S. 126—128. A. M. Mommsen Beiträge III S. 290, Kohler Jahrb. f. Dogm. XIX S. 381 fg. Die abweichende Meinung von Brinz 1. Aufl. S. 354. 355 kommt darauf hinaus, daß das bloße Anerbieten dem Gläubiger die Verkaufsbefugniß dann nehme, wenn derselbe das Anerbieten, ohne seine Richtigkeit oder Vollständigkeit zu prüfen oder zu bestreiten, einfach abgewiesen habe. Etwas anders 2. Aufl. II § 353 Note 9.

[3] L. 4 D. h. t., l. 5 § 1 D. quib. mod. pign. 20. 6. Vgl. jedoch in Betreff dieser Stellen auch Dernburg II S. 121. — Bei einer in verschiedenen Terminen fälligen Forderung kann nach Fälligkeit des ersten Termines verkauft werden, wenn nicht das Gegentheil ausgemacht ist. L. 8 § 3 D. de pign. act. 13. 7; Dernburg II S. 119 fg. und die das. Citirten. — Daß der Schuldner auch in Verzug sein müsse, d. h. daß ihm aus der Nichtbefriedigung ein Vorwurf gemacht werden könne, wird in den Quellen nirgends verlangt. Vgl. über diese Frage Wening-Ingenheim Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 354—359, Fritz Erläuter. I S. 459—464, Bachofen S. 640—647, Vangerow I § 379 Anm. Nr. 3, welche Schriftsteller sämmtlich das Erforderniß des Verzugs bestreiten, und Müller civ. Abh. I S. 104—106, welcher dafür ist. Wenn sich jetzt auch Dernburg II S. 122 fg. für das Erforderniß des Verzugs ausspricht, so thut er das nur in dem Sinne, daß er die in der folgenden Note erwähnte Anzeige an den Schuldner für nothwendig erklärt. (Verzug erfordert das HGB. Art. 310.) — Ebensowenig ist Liquidität der Forderung erforderlich, vgl. l. 1 pr. D. de litig. 44. 6, l. 1 C. eod. 8. 36 [37], l. 2 C. debitorem vend. 8. 28 [29]. Doch wird das

an den Schuldner, daß mit dem Verkaufe werde verfahren werden, wenn nicht Befriedigung erfolge[4]. Die Anzeige muß, wenn ausgemacht worden ist, daß nicht solle verkauft werden dürfen, dreimal wiederholt werden[5]; sie braucht gar nicht zu geschehen, wenn ein richterliches Urtheil vorliegt[6]. d) Ablauf von 2 Jahren nach der (letzten)[7] Anzeige bez. nach dem Urtheil[8]. — Der Verkauf gerichtlich gepfändeter Sachen tritt 2 Monate nach der Pfändung ohne Weiteres ein[9].

Verkaufsrecht dadurch ausgeschlossen, daß der Schuldner in gutem Glauben auf richterliche Entscheidung provocirt; in dieser Allgemeinheit scheint nämlich l. 5 C. de distr. pign. 8. 27 [28] verstanden werden zu müssen, welcher Stelle freilich Andere anderen Sinn beilegen. Vgl. Müller civ. Abhandlung I S. 101—102, Fritz Erläuter. I S. 456—459, Bachofen S. 647—649, Vangerow I § 379 Anm. Nr. 2, Dernburg II S. 128—131.

[4] L. 3 § 1 C. de iure dom. imp. 8. 33 [34], vgl. l. 18 C. de adm. tut. 5. 37. Vgl. Seuff. Arch. XVI. 16 (Dernburg II S. 124. 125).

[5] L. 4 D. de pign. act. 13. 7: — „ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, *nisi ei ter fuerit denuntiatum, ut solvat, et cessaverit*". Es läßt sich die Vermuthung nicht unterdrücken, daß die herausgehobenen Worte erst den Compilatoren Justinian's angehören. Dafür spricht l. 5 eod., und daß Paulus sentent. II. 5 § 1 dreimalige Anzeige schon in dem Falle für nothwendig erklärt, wenn nur die Verkaufsberedung nicht ausdrücklich hinzugefügt sei; ferner l. 7 C. de distr. pign. 8. 27 [28]. Vgl. Bachofen S. 176 fg., Brinz S. 353 (2. Aufl. § 353 Note 7), Dernburg I S. 88 fg. — Welcher Zwischenraum muß zwischen den drei Anzeigen liegen? Man sagt: ein durch das Ermessen des Richters zu bestimmender; zehn Tage; so viel, daß daraus die Fruchtlosigkeit der Mahnung hervorgehe. S. Vangerow § 379 Anm. Nr. 4 und die dort Citirten, Bachofen S. 176 Note 3, Dernburg I S. 89. — Kohler Pfandrecht. Forschungen S. 65 fg. bezieht die oben im Druck hervorgehobenen Worte der l. 4 D. de pign. act. lediglich auf den Ausschluß des furtum, so daß die Stelle gar nicht sagen würde, daß der Gläubiger auch gegen das Verkaufsverbot verkaufen dürfe. Dawider Dernburg I § 280 Note 4. Jedenfalls wird das Verkaufsverbot nur dann für ungültig erklärt werden dürfen, wenn ausdrücklich „verpfändet" worden ist. Vgl. Note 1 und oben § 234 Note 6a.

[6] L. 3 § 1 C. de iur. dom. imp. 8. 33 [34].

[7] Zimmern Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 51—53. A. M. Fritz Erläuterungen I S. 467—470, Vangerow I § 379 Anm. Nr. 4 a. E., Dernburg II S. 142.

[8] L. 3 § 1 C. cit. Es kann aber dieses Erforderniß durch Vertrag erlassen werden, l. 3 § 1 cit. Ueber die heutige Geltung desselben s. Glück XIX S. 389. 408, Sintenis (Pfandr.) S. 510 Note 1, Dernburg II S. 143. — HGB. Art. 310. 311.

2. Der Verkauf geschieht bei gerichtlich gepfändeten Sachen durch den Richter auf dem Wege öffentlicher Versteigerung[10]. Abgesehen von diesem Fall erklärt das römische Recht öffentlichen Verkauf nur bei Verkäufen durch den Fiscus für nothwendig[11], während er nach den Regeln der deutschen Particularrechte bei unbeweglichen Pfandsachen überhaupt eintritt[11a]. Der Gläubiger muß aber beim Verkaufe in guten Treuen verfahren und nach Kräften bestrebt sein, nicht bloß sein Interesse, sondern auch das des Eigenthümers, so weit dieß ohne Verletzung seines eigenen Interesses möglich ist, wahrzunehmen; sonst haftet er dem Eigenthümer auf Entschädigung[12]. Ist er insolvent und der Käufer hat sich an der Unredlichkeit betheiligt, so steht dem Eigen-

[9] L. 31 D. de re iud. 42. 1.

[10] L. 2 C. si in causa iud. 8. 22 [23], l. 3 C. de exsec. rei iud. 7. 53. Vgl. Müller civ. Abh. I S. 122—131.

[11] L. 3 C. si adv. fisc. 2. 36 [37], l. 1. 2. 4. 6 C. de fide et iure hastae 10. 3, l. 16 C. de resc. vend. 4. 44. Marezoll Magazin f. Gesetzg. u. RW. IV S. 376 fg., Müller a. a. O. S. 109, Vangerow I § 379 Anm. Nr. 5, Dernburg II S. 138; a. M. Fritz Erläuter. I S. 470. Bei anderen Pfandverkäufen spricht das römische Recht von der öffentlichen Versteigerung (proscriptio) nur in dem Sinne, daß der Pfandgläubiger bei dem Verkauf überhaupt bemüht sein müsse, im Interesse des Eigenthümers einen möglichst hohen Kaufpreis zu erzielen (Note 12), und in diesem Sinne scheint sie sogar die Regel gebildet zu haben. Vgl. l. 4 C. h. t., l. 15 § 32 D. de iniur. 47. 10, l. 16 C. de resc. vend. 4. 44 — mit l. 9 C. h. t., l. 4 C. si vend. pign. 8. 29 [30]. Daß sie später ganz außer Gebrauch gekommen sei, möchte man aus l. 3 pr. C. de iure dom. 8. 33 [34] (von Justinian) entnehmen: — „pignus autem publice proscriptum neque vidimus, neque, nisi tantummodo ex librorum recitatione, audivimus"; doch bezieht sich die hier erwähnte proscriptio nur auf die dominii impetratio. Dernburg II S. 141. 142.

[11a] Dernburg II S. 257 fg. nimmt dafür gemeinrechtliche Geltung in Anspruch; ebenso, obleich unbestimmter, Sintenis Pfandrecht S. 535 fg. und gem. Civilrecht I § 77 a. E.; anders Seuffert Pand. I § 204 Note 3. Jedenfalls in dem älteren deutschen Rechte hat diese Ordnung des Verfahrens nach den Untersuchungen von Meibom (das deutsche Pfandrecht S. 115 fg. 346 fg. 432 fg. vgl. 92 fg.) keinen Anhalt. Vgl. noch Goldschmidt Handelsrecht I S. 920 (1. Aufl.).

[12] L. 4. 7. 9 C. h. t., l. 1. 4 C. si vend. pign. 8. 29 [30], l. 10 D. de in diem add. 18. 2, vgl. l. 3 § 5 C. de iure dom. imp. 8. 33 [34]. Er steht nach der Regel des Pfandrechtes (vgl. 233c) für omnis culpa ein, l. 13 § 1 l. 14 l. 22 § 4 D. de pign. act. 13. 7.

thümer ein Entschädigungsanspruch auch gegen diesen Letzteren zu[13]. Verkauf an sich selbst ist nichtig[14].

3. Die Wirkung des Verkaufs ist, daß der Käufer — Besitzübergabe und Zahlung des Kaufpreises vorausgesetzt (§ 172 Note 19) — Eigenthümer wird[15]. Der Gläubiger überträgt ihm fremdes Eigenthum[16]; aber dazu ist er eben kraft seines Pfandrechts befugt[17]. Er überträgt ihm unwiderrufliches Eigenthum,

---

[13] L. 7 C. h. t, l. 1. 3. 4. 5 C. si vend. pign. 8. 29 [30]. Insolvenz des Verkäufers wird nur in l. 1 und 3 C. citt. verlangt, nicht aber in l. 4 cit. Bei der Bestimmtheit, mit welcher l. 3 cit. dieses Erforderniß hervorhebt, muß angenommen werden, daß es in l. 4 cit. vorausgesetzt werde. Müller a. a. O. S. 111, Sintenis Pfandrecht S. 515, Vangerow I § 379 Anm. Nr. 6 (vgl. auch Fritz a. a. O. S. 476) wollen im Falle der Insolvenz des Verkäufers dem Eigenthümer einen Anspruch auch gegen den unschuldigen Käufer, auf Rückgabe der Sache gegen Erstattung des Kaufpreises, einräumen, wegen l. 3 C. cit. Aber der Verkauf um zu geringen Preis, „per gratiam", wovon diese Stelle redet, ist doch wohl gedacht als erfolgt unter Betheiligung des Käufers an der Unredlichkeit. Dernburg II S. 152—155. — Welches aber ist die juristische Natur dieses Entschädigungsanspruches gegen den Käufer? Dernburg II S. 155 fg. erklärt sich, und wohl mit Recht, für die actio doli, so daß dann auch im Einzelnen die für diese Klage geltenden Grundsätze (II § 451) anzuwenden sind.

[14] L. 10 C. h. t., Paul. sentent. II. 13 § 4. Dernburg II S. 163—165. — Nichtig ist natürlich nach allgemeinen Grundsätzen auch der Verkauf an den Eigenthümer, l. 39 D. de contr. emt. 18. 1, l. 40 pr. § 1 D. de pign. act. 13. 7. Dernburg II S. 160—163. — Der Verkauf an den Bürgen ist zwar nicht nichtig, aber der Bürge verfehlt sich gegen die dem Schuldner schuldige Treue, wenn er zum Nachtheil desselben kauft, so daß dem Schuldner das Einlösungsrecht bleibt, l. 1 C. de dolo malo 2. 20 [21], l. 59 § 1 D. mand. 17. 1. Uebrigens mischt sich beim Bürgen auch der Gesichtspunkt ein, daß möglicherweise seine Absicht nicht sowohl auf den Erwerb des Eigenthums, als auf den Erwerb des Pfandrechts gerichtet war, l. 2 l. 5 § 1 D. h. t., l. 59 vgl. l. 36 D. de fidei. 46. 1, nach welchem Gesichtspunkt dem Eigenthümer auch dem kaufenden Nachpfandgläubiger gegenüber ein Einlösungsrecht bleibt. Vgl. § 248 Note 27. Etwas anders Dernburg II S. 165—169.

[15] L. 4 D. de pign. act. 13. 7, l. 13. 15. 18 C. h. t. Dernburg II § 110.

[16] Eine Consequenz daraus in l. 10 § 1 D. quib. mod. pign. 20. 6.

[17] L. 46 D. de A. R. D. 41. 1. Will man diese Befugniß auf eine dem Gläubiger bei der Verpfändung ertheilte Vollmacht zurückführen (vgl. Gai. II. 64. § 1 I. quib. alien. 2. 8) — was übrigens jedenfalls nur für die vertragsmäßigen Pfandrechte paßt — so muß man festhalten, daß diese

wenn nicht etwa beim Verkaufe ein Wiedereinlösungsrecht vorbehalten worden ist[18]. Er überträgt ihm das Eigenthum so, wie es zur Zeit der Begründung des Pfandrechts war, unbeschränkt durch später auf die Sache gelegte Lasten[19]. — Verpflichtet ist der Gläubiger dem Käufer nach den Regeln des Kaufvertrages zum Verschaffen der Sache (II § 389); wenn er aber als Nichtbesitzer verkauft und der Käufer dieß gewußt hat, nur zur Abtretung seines Pfandanspruchs[20]. Ferner braucht der Gläubiger dem Käufer nur für die Wahrheit der Thatsache, auf welche er sein Pfandrecht zurückführt, und dafür einzustehen, daß nicht ein Anderer ein besseres Pfandrecht hat[21], nicht aber für das Recht des Verpfänders[22].

Vollmacht eine dem Gläubiger in seinem eigenen Interesse ertheilte und unwiderrufliche ist (vgl. l. 6 pr. l. 42 D. de pign. act. 13. 7, l. 13 D. h. t. 20. 5, l. 7 § 1 D. de reb. eor. 27. 9). In l. 29 D. fam. erc. 10. 2 (vgl. l. 7 § 12. 13 D. comm. div. 10. 3) wird der procurator mit dem Pfandgläubiger nur in einer ganz besonderen Beziehung verglichen. S. über diese Stelle die in § 233a Note 1 a. E. Citirten und über das Ganze Bachofen Nr. VII, Dernburg II S. 108—113. Seuff. Arch. XXII. 220, XXXII. 308.

[18] L. 2 C. si antiquior cred. 8. 19 [20], l. 13 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 7 pr. § 1 D. h. t.

[19] Namentlich also unbeschränkt durch später begründete Pfandrechte. L. 1 C. si antiquior cred. 8. 19 [20], l. 6. 7 C. de O. et A. 4. 10, l. 3 pr. D. h. t. Was Dienstbarkeiten angeht, s. Dernburg II S. 148 fg. Seuff. Arch. VI. 16. Vgl. noch das. XIV. 214.

[20] L. 13 D. h. t. „Creditor, qui iure suo pignus distrahit, ius suum cedere debet, et si pignus possidet, tradere utique debet possessionem". Mit Unrecht stellen Bachofen S. 561 fg., Schmid Grundlehren der Cession I S. 223 fg. die Verpflichtung des Pfandgläubigers schlechthin auf Abtretung seines Pfandanspruchs. Dernburg II § 105.

[21] L 1 C. credit. evict. 8. 45 [46]. Dabei wird aber natürlich vorausgesetzt, daß der Gläubiger bei dem Verkauf erklärt habe, daß er in seiner Eigenschaft als Pfandgläubiger verkaufe, und die gleiche Voraussetzung gilt für den sogleich folgenden Satz. Vgl. l. 9 § 1 D. loc. 19. 2.

[22] Das hat nicht bloß den Sinn, daß der Gläubiger im Falle der Eviction keinen Schadensersatz zu leisten hat, sondern auch den, daß er in diesem Falle selbst den Kaufpreis nicht zurückzuerstatten braucht: er ist nur zur Abtretung seines Entschädigungsanspruchs gegen den Verpfänder verpflichtet. L. 1. 2 C. cred. evict. 8. 45 [46], l. 10 D. h. t., l. 11 § 16 D. de A. E. V. 19. 1, l. 38 D. de evict. 21. 2. Ist noch besonders ausgemacht worden, daß der Gläubiger nicht für Eviction einzustehen habe, so kann er sogar den Kaufpreis trotz der

4. An dem Kaufpreis erwirbt der Gläubiger durch Uebergabe von Seiten des Käufers Eigenthum[22a], und kann denselben zu seiner Befriedigung verwenden[23]. So weit der Kaufpreis zu seiner Befriedigung nicht ausreicht, dauert sein Forderungsrecht fort[24], den Ueberschuß muß er dem Eigenthümer bez. den nachstehenden Pfandgläubigern herausgeben[25].

---

selben eintreiben, l. 68 pr. D. de evict. 21. 2 (anders versteht diese Stelle Dernburg II S. 189). Uebrigens wird der Pfandgläubiger nicht leicht einen Käufer finden, wenn er nicht die Verpflichtungen, welche ihm gesetzlich nicht obliegen, freiwillig übernimmt. L. 1. 2 C. cred. evict. 8. 45 [46], l. 22 § 4 D. de pign. act. 13. 7, l. 59 § 4 D. mand. 17. 1. Daß er wegen Arglist haftet, versteht sich von selbst, l. 2 C. cred. evict. 8. 45 [46], l. 11 § 16 D. de A. E. V. 19. 1. Vgl. Bachofen S. 560—569, Dernburg II § 109. Seuff. Arch. VI. 22, VIII. 28. — Nach Analogie des Gesagten darf der Pfandgläubiger auch nicht für Mängel der Sache, die ihm verborgen geblieben sind, haftbar gemacht werden. Dernburg II § 170. — Der Käufer hat einen Anspruch gegen den Schuldner auf Erstattung des Kaufpreises, welcher demselben zu Gute gekommen ist, l. 12 § 1 D. h. t., l. 74 § 1 D. de evict. 21. 2. Bachofen S. 582—596, Dernburg II § 109. Vgl. II § 422 Note 4. d.

[22a] Nicht bloß Pfandrecht. Exner Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 40 fg. Ist der Verkauf ein gerichtlicher, so ist der Richter als Stellvertreter des Gläubigers in der Besitz- und Eigenthumsübertragung anzusehen. Seuff. Arch. II. 355. Blätter f. RAnwend. XXXIV S. 83 fg. A. M. Pfaff pignus irregulare (§ 226a Note 2) S. 23 fg, welcher den Eigenthümer der Pfandsache, und Exner a. a. O. S. 44 fg., welcher das Gericht Eigenthümer des Kaufpreises werden läßt. Verkauf durch den Gerichtsvollzieher beim Pfändungspfandrecht: CPO. § 720.

[23] L. 26. 44 D. de sol. 46. 3, l. 10 C. de O. et A. 4. 10. Vgl. l. 9 pr. D. h. t.; l. 35 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 5 § 2 D. de sol. 46. 3, l. 96 § 3 l. 101 § 1 eod., l. 73 eod.; l. 23 D. de pign. act. 13. 7. Dernburg II S. 205 fg. 211 fg. Ist ausgemacht worden, daß der Pfandgläubiger nur einen Theil des Kaufpreises sich solle aneignen dürfen (§ 226a Note 3), so behält es natürlich bei dieser Bestimmung sein Bewenden. Eine solche Bestimmung kann auch in der Weise getroffen werden, daß der Eigenthümer mit einer gewissen Summe vorgehen solle. Vgl. Bremer Hypothek und Grundschuld S. 39 fg.

[24] L. 9 § 1 D. l. 3 C. h. t., l. 28 D. de R. C. 12. 1, l. 8 C. si cert. pet. 4. 2, l. 10 C. de O. et A. 4. 10. Dernburg II S. 205.

[25] L. 24 § 2 l. 42 D. de pign. act. 13. 7, l. 12 § 5 D. qui pot. 20. 4. Dernburg II § 114; speciell über den Anspruch des nachstehenden Pfandgläubigers auf den Ueberschuß Bachofen S. 491—493, Brinz (1. Aufl.) S. 358, Dernburg II S. 487—489. Seuff. Arch. XVIII. 216, vgl. XXII. 220.

§ 238.

Der Gläubiger braucht von seinem Verkaufsrecht keinen Gebrauch zu machen, wenn er nicht will; er darf aber nicht dem Eigenthümer, welcher seinerseits verkaufen will, den Verkauf unmöglich machen, und muß daher, wenn er im Besitze der Sache ist, demselben die Sache zu diesem Zwecke gegen Caution herausgeben[1]. Auf seine Forderung behalten darf der Gläubiger die Sache nur dann, wenn der Eigenthümer ihm dieß gestattet[2]; eine im Voraus für den Fall der Nichtzahlung der Schuld zur Verfallzeit gegebene Gestattung ist nichtig[3].

---

§ 238. [1] L. 6 pr. D. de pign. act. 13. 7.

[2] L. 24 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 44 D. de solut. 46. 3, l. 13 C. de pign. 8. 13 [14], vgl. l. 1 C. de pact. pign. 8. 34 [35].

[3] Die Quellen sagen: es sei beim Pfande die lex commissoria verboten. Das Verbot rührt erst von Constantin her, l. 3 C. de pact. pign. 8. 34 [35]. Vgl. c. 7 X. de pign. 3. 21, R. P. O. 1577 Tit. XX § 5. Das Verbot erfordert nicht nothwendig, daß die Gestattung gerade bei der Verpfändung gemacht worden sei. Seuff. Arch. XIX. 217. Eine im Voraus getroffene Verabredung, daß bei Nichtzahlung der Schuld das Pfand dem Gläubiger um einen dann durch Schätzung zu bestimmenden Preis verkauft sein solle, fällt nicht unter den Begriff der lex commissoria, l. 16 § 9 D. de pign. 20. 1. Seuff. Arch. III. 12. Das hier mitgetheilte Urtheil nimmt ferner an, daß auch der Verkauf um einen im Voraus bestimmten Preis nicht gegen das gesetzliche Verbot verstoße, wenn dieser Preis ein angemessener (den Werth erreichender oder übersteigender) sei. Noch weiter geht Dernburg II S. 282 fg.; derselbe hält den Verkauf im Voraus ohne Rücksicht auf die Angemessenheit des Preises aufrecht, s. übrigens auch dens. S. 285 Nr. 1 und Vangerow I § 383 Anm. Nr. 2. Ueber l. 81 pr. D. de contr. emt. 18. 1 s. Vangerow a. a. O. Nr. 3. Nach dem Urtheil bei Seuff. VIII. 237 soll der Richter das Verbot sogar ex officio berücksichtigen müssen. In Betreff des Falls eidlicher Bestätigung s. § 83a, Dernburg II S. 285 fg. und die das. Citirten, Holzschuher II § 126 Nr. 2. Eine ungemein ausführliche „dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der lex commissoria beim Pfandrechte" gibt Warnkönig Arch. f. civ. Pr. XXIV S. 1—38. 312—388. XXV S. 60—114. 226—255. 420—439 (1841. 1842). Vgl. ferner Glück XIV S. 85 fg., Bachofen S. 617—623, Vangerow I § 383 Anm., Dernburg II § 122—124, Römer Leistung an Zahlungsstatt S. 151—155 (1866). — Ueber die Frage, ob nicht das Verbot der lex commissoria durch § 1 des Reichsgesetzes vom 14. Nov. 1867 aufgehoben sei, vgl. das Erkenntniß des OT. zu Berlin 30/3 71 bei Seuff. Arch. XXIX. 114, welches sich, wohl mit Recht, dagegen ausgesprochen hat. Ebenso das OAG. zu Rostock 24/3 79,

Findet sich für das Pfand kein Käufer[4], so kann der Gläubiger sich dasselbe zu Eigenthum zuschlagen lassen, wobei ihm der wahre Werth der Sache angerechnet wird, dem Eigenthümer jedoch zwei Jahre lang ein Einlösungsrecht bleibt. Der Zuschlag muß nach römischem Rechte vom Kaiser erwirkt werden; heutzutage erfolgt er durch das zuständige Gericht[5]. Bei richterlich gepfändeten Sachen fällt das Wiedereinlösungsrecht des Eigenthümers[6], andererseits aber auch jede Nachforderung des Gläubigers im Falle des Minderwerths der Sache weg[7].

Entscheidungen ꝛc. IX S. 62. Dafür außer den a. a. O. Citirten neuerdings Wittelshöfer das Pfandrecht an einer Forderung (1876) S. 9 fg.

[4] Vgl. zum Folgenden, in Betreff dessen keineswegs vollständige Meinungsübereinstimmung herrscht: Glück XIX S. 403 fg., Müller civ. Abhandlungen I Nr. 3 § 9—12. 18, Fritz Erläuter. I S. 479—490, Sintenis Pfandr. § 56, Bachofen S. 624—627, Vangerow I § 381 Anm., Dernburg II § 118. 119 a. E., Wächter das schwebende Eigenthum S. 24—34, Köppen Fruchterwerb des bonae fidei possessor S. 73 fg.

[5] Der Zuschlag des Pfandes durch den Kaiser galt schon im früheren Recht (l. 24 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 5 § 3 D. de reb. eor. 27. 9, l. 63 § 4 D. de A. R. D. 41. 1, l. 1. 2 C. de iure dom. imp. 8. 33 [34], l. 3 C. si in causa iud. 8. 22 [23]); neu geordnet worden ist er von Justinian in l. 3 C. de iure dom. imp. 8. 33 [34]. Durch diese Verordnung hat Justinian an die Stelle des früheren einjährigen Einlösungsrechts ein zweijähriges gesetzt, und außerdem vorgeschrieben, daß dem Zuschlag eine neue Zahlungsaufforderung vorhergehen müsse, entweder durch den Gläubiger, oder, bei Abwesenheit des Schuldners, durch das Gericht unter Stellung einer Frist. Der wahre Werth der Sache soll bestimmt werden entweder durch gerichtliche (nicht nothwendig vorhergehende) Schätzung, oder aber durch einen etwaigen späteren Verkauf des Gläubigers; jedoch soll in letzterem Falle der Gläubiger auf Verlangen die eidliche Versicherung abgeben müssen, daß er die Sache um keinen höheren Preis hätte verkaufen können. Ist der Werth der Sache höher, als der Betrag der Forderung, so entsteht Miteigenthum, aber mit gegenseitigem Auskaufsrechte.

[6] Justinian's Verordnung bezieht sich nur auf den Fall „si quis rem creditori suo pignoraverit“ (§ 1 der cit. l. 3), und die Stellen der Compilation, welche von dem Zuschlag gepfändeter Sachen reden (l. 15 § 3 D. de re iud. 42. 1, l. 3 C. de exsec. rei iud. 7. 53, vgl. übrigens auch l. 2 C. si in causa iud. 8. 22 [23]), gestatten ein Wiedereinlösungsrecht nicht. Daß nach diesen Stellen der Zuschlag durch den Richter erfolgen kann (übrigens wird auch ein Zuschlag durch den Kaiser erwähnt, l. 3 C. si in causa iud. 8. 22 [23]), ist heutzutage nichts Besonderes mehr.

[7] L. 15 § 3 D. de re iud. 42. 1. Daß der Gläubiger auch Anspruch

B. An unkörperlichen Sachen.

§ 239.

Ueber den Inhalt des Pfandrechts an unkörperlichen Sachen ist im Allgemeinen bereits oben (§ 227) gehandelt worden. An diesem Orte ist folgendes Nähere zu bemerken.

1. Das Pfandrecht[1] am Nießbrauch, an der Emphyteusis und an der Superficies gibt die Befugniß, durch Geltendmachung dieser Rechte sich in den Besitz derselben zu setzen bez. sich im Besitz zu erhalten[2]; ferner die Befugniß, je nach der Natur des Rechts, das Recht selbst oder dessen Ausübung zu veräußern[3]. Auf den

---

auf den Mehrwerth der Sache habe, scheint mir in dieser Stelle nicht gesagt zu sein.

§ 239. [1] Die hierher gehörige Literatur s. § 227 Note 3. 5. 7. 9.

[2] L. 11 § 2 D. de pign. 20. 1. Diese Stelle (§ 205 Note 4) spricht freilich nur von dem Falle, wo das verpfändete Recht (Nießbrauch) zum Faustpfande gegeben worden ist, und nicht von der Erlangung des Besitzes, sondern nur von der Erhaltung desselben durch Einrede. Aber jedenfalls gibt sie dem Pfandgläubiger die Befugniß, sich auf die Verpfändung nicht bloß dem Verpfänder, sondern auch Dritten gegenüber zu berufen, d. h. also, nicht bloß die durch die Pfandeinräumung von dem Verpfänder eingegangene obligatorische Verpflichtung, sondern auch das verpfändete Recht selbst geltend zu machen. Es ist nicht abzusehen, warum diese Befugniß gerade in der Verpfändung zu Faustpfand ihren Grund haben, oder warum sie nicht in gleicher Weise für den Weg der Klage, wie für den der Einrede gelten sollte. Ueberdieß ist, was hier gefolgert wird, für die Superficies ausdrücklich anerkannt, L. 13 § 3 D. de pign. 20. 1. „Et in superficiariis legitime consistere creditor potest adversus quemlibet possessorem, sive tantum pactum conventum de hypotheca intervenerit, sive etiam possessio tradita, deinde amissa sit". Die Behauptung Bremer's (§ 227 Note 7) S. 124 fg. vgl. S. 105, daß sowohl in dieser Stelle, als in der zuvor genannten, nur possessorischer Schutz (nur Schutz des Besitzes im Falle des pignus im engeren Sinn?) anerkannt sei, ist ohne allen Grund, und in Betreff der l. 13 § 3 cit. schwer zu begreifen. — Man hat (in Betreff der Dienstbarkeiten) gefragt, ob die actio des Pfandgläubigers eine actio confessoria sei, oder eine actio hypothecaria (s. Dernburg I S. 487). Man wird sich für das Erstere entscheiden müssen; es ist das verpfändete Recht, welches der Pfandgläubiger geltend macht. Aber das verpfändete Recht macht er kraft eigenen Rechts, kraft des Pfandrechts, geltend (er hat eine actio suo, nicht procuratorio nomine), daher auch gegen den Verpfänder selbst. Vgl. § 205 Note 4.

[3] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, folgt aber aus dem Begriff des Pfandrechts.

Ertrag dieser Rechte — die Früchte der Sache — erstreckt sich das Pfandrecht nach den für das Pfandrecht an körperlichen Sachen geltenden Grundsätzen[4]. — Derjenige, welchem ein noch nicht bestehendes Recht an fremder Sache verpfändet worden ist, kann durch Verkauf dieses Recht begründen; außerdem kann er durch Geltendmachung seines Pfandrechts sich den dem Rechte entsprechenden Besitz verschaffen[5]. In Betreff der Früchte gilt das Gleiche, was so eben bemerkt wurde[6].

2. An Forderungsrechten[7] ist zwar, da der ihnen entspre-

---

[4] Vgl. l. 15 pr. D. de pign. 20. 1. Dernburg I S. 487 glaubt, der Pfandgläubiger, welchem der Besitz des Rechts eingeräumt worden sei, werde Eigenthümer der Früchte. Aus der Verpfändung als solcher folgt dieß gewiß nicht; es gehört dazu ein besonderer Vertrag.

[5] Vgl. § 227 Note 9—11 und Text dazu. Daselbst ist bereits bemerkt worden, daß in diesem Falle den wirklichen Gegenstand des Pfandrechts nicht das Recht an der Sache, sondern die Sache selbst bildet, und so wird dieser Fall hier nur der Uebersichtlichkeit wegen noch einmal erwähnt. Weil die Sache selbst den Gegenstand des Pfandrechts bildet, muß hier auch die actio des Pfandgläubigers als actio hypothecaria bezeichnet werden; der Pfandgläubiger macht eine zwar durch den Verpfändungswillen beschränkte, aber doch immerhin eine Macht direct über die Sache, nicht eine Macht über ein Recht an der Sache geltend (s. Note 11 a. a. O.). Die Verkaufsbefugniß hebt hier ausdrücklich hervor l. 12 D. de pign. 20. 1.

[6] L. 15 pr. D. de pign. 20. 1.

[7] Besondere Abhandlungen über das Pfandrecht an Forderungsrechten sind: Gesterding über die Schuldverbindlichkeit als Object des Pfandrechts (1812). Pfeiffer praktische Ausführ. I S. 1 fg. mit Nachtrag VII S. 1 fg. (1825. 1844). Trotsche das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers S. 75 fg. (1834). Sintenis pfandrechtliche Streitfragen Abh. 1 (1835). Eberhard die Verpfändung von Forderungen (1869). Stöcker Arch. f. prakt. RW. N. F. VII S. 335—387 (1870). Marcus die Verpfändung ausstehender Forderungen nach gemeinem, preußischem und Handelsrecht (1876). Hellwig die Verpfändung und Pfändung von Forderungen nach gemeinem Recht und der Reichs-Civilproceßordnung (1883). Darüber: Krasnopolski Grünhut's Zeitschr. XII S. 507 fg., Pfersche krit. VJSchr. XXVII S. 208 fg. Ferner handeln von diesem Gegenstand die Preisschrift von Huschke (de pignore nominis, 1820), die Inauguraldissertationen von Gaupp (de nominis pignore, 1820), Spiegel (de iuris pignoris .. natura, 1869), Hottineanu (de pignore nominis, 1875), Wittelshöfer (das Pfandrecht an einer Forderung, 1876), Lioni (de verpanding van inschulden naar het romeinsch en neederlandsch recht, Amsterdam 1885), und die Habilitationsschrift von Buchka (de pignore nominis, 1843). S. außerdem Mühlen-

chende factische Zustand kein dauernder ist, kein Besitz, wohl aber insofern etwas dem Besitze Entsprechendes möglich, als auch hier eine Verhinderung des Gläubigers an der eigenen Geltendmachung des verpfändeten Rechts denkbar ist. Diese Verhinderung kann auf doppeltem Wege erfolgen, durch Vorenthaltung der Beweisdocumente, und durch Anzeige an den Schuldner, nach welcher derselbe sich nicht mehr durch Leistung an seinen Gläubiger oder sonstige Verhandlung mit demselben befreien kann. Auf Herausgabe der Beweisdocumente, wenn sie von dem Schuldner nicht freiwillig faustpfandweise übergeben worden sind, hat der Pfandgläubiger einen Anspruch nicht[7a]; die Anzeige an den Schuldner dagegen ist eine durch die Verpfändung als solche gewährte Befugniß[8]. Wird der Pfandgläubiger nicht befriedigt, so hat er die Wahl, ob er die Forderung zum Verkauf bringen[9], oder ob

---

bruch Cession S. 519—530, Schmid Grundlehren der Cession I S. 114—140 (1863), R. Sohm die Lehre vom subpignus S. 42—52 (1864), F. P. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte S. 207—215 und an den andern das. citirten Stellen (1867), Exner Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 133—173 (1873); Sintenis Pfandrecht § 22, Dernburg I § 60; Vangerow I § 368 Anm. 1.

[7a] Auf Herausgabe der Beweisdocumente hat der Pfandgläubiger nur insofern einen Anspruch, als ihm dieselben zum Zweck der Einziehung der Forderung (Note 10) nöthig sind. Arg. l. 6 pr. D. de pign. act. 13. 7.

[8] L. 4 C. quae res pign. 8. 16 [17]. Vgl. Mühlenbruch S. 526, Dernburg S. 464—465, Schmid S. 135—138. Seuff. Arch. II. 279, XI. 216, XXIII. 114, XXXIII. 15.

[9] Dernburg I S. 469—470. Uebrigens ist das Verkaufsrecht des Forderungspfandgläubigers nicht unbestritten, und namentlich Exner a. a. O. S. 164 fg. will ihm dasselbe nur kraft besonderer (ausdrücklicher oder stillschweigender) Verleihung gewähren. Eberhard a. a. O. S. 29 fg. gesteht es ihm zwar kraft der Verpfändung zu, aber nur als subsidiäres, für den Fall wo er nicht kraft des ius exigendi ohne Schwierigkeit Befriedigung erlangen könne. Gegen das Verkaufsrecht auch Hellwig S. 161 fg., Eisele Arch. f. civ. Pr. LXV. S. 117. Es ist zuzugeben, daß es mit dem Quellenbeweis für dieses Verkaufsrecht schwach steht. Man beruft sich für dasselbe auf l. 15 § 10 D. de re iud. 42. 1 und l. 7 C. de H. v. A. V. 4. 39. Aber die erste Stelle bezieht sich nur auf das Executionspfand. In der zweiten wird zwar nach der gewöhnlichen Lesart das Verkaufsrecht des Forderungspfandgläubigers, wenn auch nicht direct bezeugt, doch als selbstverständlich vorausgesetzt; aber nach der von P. Krüger krit. VJSchr. XVI S. 115 fg. aus den besten Handschriften mitgetheilten Lesart (hinter visum est einzu-

er sie selbst eintreiben will[10]. In letzterem Falle kann er das eingezogene Geld zu seiner Befriedigung verwenden[11]; geht das

schieben ut) spricht die Stelle von dem Verkaufe durch den Pfandgläubiger überhaupt nicht. (A. M. Dernburg Pand. I § 293 Note 10.) Von der andern Seite leuchtet es nicht ein, warum, wenn nach gesetzlicher Annahme bei körperlichen Sachen der Verpfändungswille die Verleihung des Verkaufsrechts in sich trägt, es hier anders sein sollte. Jene Annahme beruht nicht auf der Natur der körperlichen Sache, sondern auf der Natur des Pfandrechts, und muß daher überall Platz greifen, wo die Natur des Pfandgegenstandes kein Hinderniß in den Weg legt. Vgl. Note 3. Pfändungspfandrecht: CPO. § 736. 743. Hellwig S. 209 fg.

[10] L. 18 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 20 D. de pign. 20. 1, l. 7 C. de H. v. A. V. 4. 39. Seuff. Arch. VIII. 18. Exner S. 133 fg. 147 fg. leugnet auch von diesem Recht, daß es mit dem Pfandrecht von selbst gegeben sei; nach der Ansicht dieses Schriftstellers ist der wirkliche Gegenstand des pignus nominis nicht die Forderung, sondern der sachliche Inhalt derselben, das gemäß der Forderung zu Leistende. Vgl. Note 12. — Man streitet darüber, ob die actio des Pfandgläubigers die actio hypothecaria oder die actio in personam aus dem Forderungsrecht sei; Letzteres ist die herrschende Meinung, Ersteres hat nach dem Vorgang Aelterer in neuerer Zeit wieder Trotsche a. a. O. S. 76 fg. vertheidigt. Offenbar muß man sich für die actio in personam entscheiden; der Pfandgläubiger macht die verpfändete Forderung kraft seines Pfandrechts geltend, aber es ist nicht sein Pfandrecht unmittelbar, welches er geltend macht. Von der andern Seite ist es irreführend, auf die Forderungsverpfändung den Begriff der Cession anzuwenden, wie man das in verschiedenen Wendungen versucht hat; man spricht von einer bedingten oder eventuellen Cession (so namentlich Mühlenbruch a. a. O., Puchta § 208) oder einer beschränkten Cession (Dernburg, Eberhard und Exner a. a. OO.), oder einer eigenen Spezies der Cession (Skonietzki in Gruchot's Beiträgen XXVII S. 426 fg., welcher Schriftsteller übrigens bei allen Rechten Uebergang auf die Pfandgläubiger annimmt). Denn die Cession ist darauf gerichtet, das Forderungsrecht von dem bisherigen Gläubiger abzulösen und auf einen neuen Gläubiger zu übertragen, während durch die Forderungsverpfändung in das Forderungsrecht ein anderer Berechtigter mit einer durch den Zweck des Pfandrechts bestimmten Rechtsstellung aufgenommen wird (§ 227 Note 7 g. E.). Wenn man die Forderungsverpfändung unter den Cessionsbegriff stellt, so macht man sich entweder unnöthige Schwierigkeiten, indem man die durch die Natur des Pfandverhältnisses ausgeschlossenen Consequenzen des Cessionsbegriffs erst wieder entfernen muß, oder man läuft Gefahr, gegen die Natur des Pfandverhältnisses solche Consequenzen zuzulassen. So ist alles Ernstes gefragt worden, ob die verpfändete Forderung noch weiter cedirt werden könne, und man hat die gewiß irrigen Sätze aufgestellt, daß die Priorität zwischen mehreren Forderungspfandgläubigern sich nach der Denuntiation, nicht nach Pfandrechtsgrundsätzen, bestimme, und (im

Forderungsrecht auf einen andern Leistungsgegenstand als Geld, so hat er an demselben ein Pfandrecht[12]. — Ist der Pfandgläu-

früheren gemeinen Recht) daß dem Forderungspfandgläubiger im Concurse ein Separationsrecht zustehe. Gegen die Hereinziehung des Cessionsbegriffs haben sich in der neueren Zeit u. A. ausgesprochen: Schmid, Vangerow, Sohm, Bremer, Stöcker, Marcus a. a. OO., Pfaff pignus irregulare S. 44, Regelsberger Studien im bayer. Hypothekenrecht S. 41 fg. S. auch den Aufsatz in den Bl. f. RAnwend. XXXII S. 97 fg. 113 fg. Seuff. Arch. XV. 6 (der Verpfänder behält die Paulianische Klage). Vgl. auch XXVI. 112. Hellwig nimmt jetzt eine „cooptirende Cession" an, d. h. die Forderung soll zwar auf den Pfandgläubiger übergehen, aber zugleich bei dem Pfandschuldner bleiben, so daß eine solidarische Berechtigung Mehrerer entstehe. Ich glaube, daß auch damit der pfandrechtliche Gedanke nicht zum entsprechenden Ausdruck gebracht wird; der Pfandgläubiger soll ein Recht an einem fremden Rechte haben. S. auch Krasnopolski a. a. O. S. 512. — Steht dem Schuldner in der verpfändeten Forderung die exc. excussionis zu? Dernburg S. 465 Note 12, Schmid S. 140, Bremer S. 214, Eberhard S. 35, Stöcker S. 377, Hellwig S. 148 Note 294. Kann der Pfandgläubiger, statt die Forderung einzutreiben, sie in anderer Weise vernichten, z. B. durch Novation, Erlaß? Ohne Zweifel; nur daß er sich den Betrag derselben anrechnen lassen muß, als hätte er ihn empfangen. Vgl. mit Vangerow § 368 Anm. 1 a. E. Dernburg S. 468, Schmid S. 139, Bremer S. 213.

[11] L. 18 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 13 § 2 D. de pign. 20. 1, l. 4 C. quae res. pign. 8. 16 [17]. Geht die Forderung auf Mehr, so kann er nur so viel einziehen, als zu seiner Befriedigung erforderlich ist, l. 4 C. cit. Vgl. Schmid S. 133, Bremer S. 215, Eberhard S. 35. A. M. Hellwig S. 169.

[12] L. 18 pr. cit., l. 13 § 2 cit. Wenn dieß darauf zurückgeführt wird (vgl. namentlich Dernburg S. 468, Eberhard S. 14. 34, Exner S. 133 fg.), daß in jeder Verpfändung der Forderung eine den Erwerb des geschuldeten Objects anticipirende Verpfändung liege, so ist zu bemerken, daß mit dieser Auffassung dem gesetzlichen Forderungspfandrecht nicht Genüge geleistet wird. Für das gesetzliche Forderungspfandrecht jedenfalls wird man sagen müssen, daß dasselbe nach Rechtssatz auch das kraft der Forderung Geleistete erfasse: und warum soll dieser Rechtssatz nicht auch für das vertragsmäßige und richterliche Pfandrecht gelten? Vgl. auch Bremer S. 173—175. Daß Exner den Leistungsgegenstand als den einzigen Gegenstand des Forderungspfandrechts ansieht, ist Note 10 bereits bemerkt worden. Im Wesentlichen der gleichen Ansicht ist Eberhard a. a. O., ferner Lenel Jahrb. f. Dogm. XIX S. 236. Hellwig S. 82. 177 fg. wird durch seine Auffassung, daß der Pfandgläubiger Gläubiger in der Pfandforderung werde, zu der Annahme gedrängt, daß er an dem eingezogenen Schuldobject Eigenthum (fiduciarisches Pfandeigenthum) erwerbe. — Gegen die Ansicht, daß der Pfandgläubiger an dem eingetriebenen Schuldobject nur ein Retentionsrecht habe, s. Vangerow a. a. O. Nr. 2, Dernburg S. 467, Eberhard S. 33. —

biger selbst Schuldner in der verpfändeten Forderung[12a], so steht ihm gegen die Klage des Gläubigers eine Einrede, aber auch die Befugniß zu, in Ausübung seines Pfandrechts die Forderung desselben direct aufzuheben[12b].

3. Das Pfandrecht an einem Pfandrechte[13] gibt die Befugniß, das verpfändete Pfandrecht[14] statt des Pfandgläubigers,

---

Wie ist es, wenn der Schuldner selbst die Forderung eintreibt? Es ist kein Grund vorhanden, weßwegen nicht auch in diesem Falle das Eigetriebene dem Forderungspfandgläubiger verpfändet sein sollte; jedoch bildet, wenn das Eingetriebene Geld ist, die Unverfolgbarkeit des Geldes, welche regelmäßig stattfinden wird, ein Hinderniß. Vgl. Dernburg S. 468, Bremer S. 161. 169, Exner S. 139, und unten Note 16.

[12a] Die Quellen sprechen von diesem Fall nicht. Aber man nehme an, der Pfandgläubiger beerbe den Schuldner in der verpfändeten Forderung oder umgekehrt. Vgl. § 226a Note 2.

[12b] In dieser Weise scheint mir der dem Pfandrecht inwohnende Gedanke nach der Besonderheit des vorliegenden Verhältnisses am Einfachsten und Natürlichsten realisirt zu werden. Die Auffassungen sind übrigens sehr verschieden. Vgl. Dernburg I S. 474, Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte S. 156 fg., Pfaff pignus irregulare S. 35 fg., Exner Kritik des Pfandbegriffs S. 176 fg., Hellwig S. 133 fg.

[13] Das Pfandrecht am Pfandrecht, das s. g. Afterpfandrecht oder subpignus, hat eine sehr reiche Literatur. Von besonderen Bearbeitungen ist namentlich zu nennen die gute Schrift von R. Sohm, die Lehre vom subpignus (1864); dazu die Recensionen von Bekker krit. VJSchr. VI S. 473 fg. und Regelsberger Schletter's Jahrb. XI S. 3 fg. S. außerdem: Hepp Arch. f. civ. Pr. XIII S. 350 fg. XV S. 86 fg. (1830. 1832), Löhr das. XIV S. 162—164 (1831), Gesterding Ausbeute von Nachforschungen IV Abth. 1 S. 199 fg. (1832), Trotsche Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers S. 2 fg. (1834), Büchel civilrechtl. Erörterungen I. 3 S. 99 fg. und dazu Nachtrag in der 2. Ausg. S. 436 fg. S. 472 fg. (1834. 1847), Hoffmann in Fuhr und Hoffmann civilistische Versuche S. 72 fg. (1835), Sintenis pfandrechtl. Streitfragen S. 33 fg. (1835), Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 221 fg. (1845); ferner in den in Note 6 citirten Abhandlungen von Huschke, Gaupp und Buchka cap. 2 § 3, p. 40 sqq., p. 24 sqq.; sodann Mühlenbruch Cession S. 336 fg., Schmid Grundlehren der Cession I S. 140 fg., F. P. Bremer das Pfandrecht und das Pfandobject S. 215—218 und an den andern das. citirten Stellen, Exner Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 79 fg.; endlich Sintenis (Pfandrecht) § 23, Dernburg I § 61, Brinz 1. Aufl. S. 323 fg., Vangerow I § 368 Anm. 2.

[14] Nach der Meinung Vieler (s. Vangerow a. a. O. und die dort und bei Sohm S. 60 Genannten) ist der Gegenstand des Afterpfandrechts nicht sowohl das Pfandrecht, als die verpfändete Sache selbst. Dafür spricht die

welchem dasselbe zusteht, auszuüben — also statt dieses Pfandgläubigers unter den Bedingungen, unter welchen dieser selbst berechtigt ist, die verpfändete Sache abzufordern und sie zum Verkauf zu bringen[15]. Da aber das Pfandrecht nichts ist, als ein Mittel, zur Befriedigung der Forderung zu gelangen, welche es versichert, so darf der Afterpfandgläubiger, auch ohne zur Geltendmachung des verpfändeten Pfandrechts zu schreiten, die Leistung aus dieser Forderung annehmen, und steht dann zu dem Geleisteten in demselben Rechtsverhältniß, wie der Forderungspfandgläubiger[16].

Ausdrucksweise der Quellen (l. 13 § 2 D. de pign. 20. 1, l. 14 § 3 D de div. temp. praescr. 44. 3, l. 1. 2 C. si pignus pignori 8. 23 [24]). Von der anderen Seite liegt es auf der Hand, daß der Pfandgläubiger von der Sache nicht Mehr zur Sicherheit stellen kann, als er selbst hat, und da er an derselben nur ein Pfandrecht hat, so kann er an ihr eben auch nur ein Pfandrecht zur Sicherheit stellen. Insofern freilich der Afterpfandgläubiger dieses Pfandrecht statt des verpfändenden Pfandgläubigers geltend macht, macht er ein Pfandrecht an der Sache selbst geltend, und insofern kann und muß man allerdings sagen, daß er mittelbar ein Recht auch an der Sache selbst habe. So auch Sohm S. 57 fg., Bremer S. 41 fg. 216. Wenn Brinz a. a. O. das Verhältniß so auffaßt, daß das Pfandrecht dem Pfandgläubiger unter Anderem auch die Macht gebe, ein Pfandrecht an der Sache zu begründen, so ist zu fragen, ob das im Begriffe des Pfandrechts liege? Im Begriffe des Pfandrechts liegt es, daß es dem Gläubiger so viel Macht gibt, als ihm nothwendig ist, damit er Sicherheit für die Befriedigung seiner Forderung habe; aber es liegt nicht im Begriffe des Pfandrechts, daß es dem Gläubiger die Macht gibt, den Pfandgegenstand als Sicherungsmittel für eine Schuld zu verwenden, die er selbst hat. Als Sicherungsmittel für eine Schuld, die er hat, kann der Pfandgläubiger nur sein Pfandrecht selbst verwenden, indem er nämlich die Realisirung desselben abtritt; er gibt zur Sicherheit seine Sicherheit. Brinz betont mit Huschke, daß der Afterpfandgläubiger kein Recht gewinne, das Pfandrecht des Verpfänders, sondern nur ein Recht, die verpfändete Sache zu verkaufen; geht denn der Begriff des Pfandrechts im weiteren Sinne im Verkaufsrechte auf? S. § 227, und vgl. in Betreff der hier verhandelten Frage noch Sohm S. 57 fg., Schmid S. 141 fg., Bremer S. 41 fg. 216, Dernburg S. 476—478, Arndts § 367 Anm. 5.

[15] L. 13 § 2 D. de pign. 20. 1, l. 1. 2 C. si pignus pign. 8. 23 [24], l. 40 § 2 D. de pign. act. 13. 7.

[16] L. 13 § 2 D. de pign. 20. 1. „Quum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio quam actio utilis ei danda est. Quodsi dominus solverit pecuniam, pignus quoque peremitur. Sed potest du-

IV. Mehrheit der Pfandrechte.

A. Rechtsverhältniß*.

§ 240.

Das Rechtsverhältniß, welches bei einer Mehrheit der Pfandrechte an demselben Gegenstand stattfindet, kann in verschiedener Weise gestaltet sein[1].

---

bitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit an non. Quid enim, si res soluta fuerit? Et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit: si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum; si vero corpus is debuerit, et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem". Eine unendlich viel besprochene Stelle, über deren Erklärung die Meinungen noch immer sehr auseinander gehen! Vgl. darüber Bangerow a. a. O., Dernburg S. 478 fg., Sohm S. 106 fg., Bremer S. 221 fg., Exner S. 82 Note 161, Hofmann Jahrb. f. Dogm. X S. 382 fg., neuestens Schwemann Arch. f. civ. Pr. LXVII S. 301 fg. Ich verstehe die Leistung, von welcher im Anfang der Stelle die Rede ist („quod-si dominus solverit pecuniam"), von einer Leistung an den ersten Pfandgläubiger, die utilis actio, von welcher sodann gesprochen wird („sed potest dubitari"), von einer utilis hypothecaria actio des Afterpfandgläubigers, endlich den Schluß der Stelle so, daß durch denselben die vorher aufgeworfene Frage indirect, durch Verweisung auf das für das Forderungspfandrecht Geltende, bejaht wird. Nach dieser Auffassung enthält die Stelle den im Text bezeichneten Satz. Ein anderes Resultat ergibt sich aus der neuesten, von Schwemann a. a. O. aufgestellten Erklärung. Dieselbe geht davon aus, daß im Fall der Stelle zum Afterpfand nicht eine Sache, sondern eine Forderung gegeben sei. Nach dieser Erklärung gibt die Stelle dem Afterpfandgläubiger ein Pfandrecht nicht an dem, was auf die durch das Pfand versicherte Forderung geleistet ist, sondern an dem auf die verpfändete Forderung Geleisteten. Es läßt sich nicht leugnen, daß durch diese Erklärung ein besserer Zusammenhang in die Stelle gebracht wird. Aber ohne Bedenken ist auch sie nicht (der geheimnißvolle Gegensatz zwischen „dominus" und „creditor"; warum utilis actio?). — Hieran hat sich nun eine fernere sehr lebhafte Controverse angeknüpft, indem nämlich die angegebene Entscheidung von Vielen darauf zurückgeführt wird, daß das Pfandrecht am Pfandrecht auch die versicherte Forderung ergreife, während Andere dieselbe gar nicht, oder nur durch das Pfandrecht hindurch, soweit sie von demselben untrennbar ist, haften lassen; s. darüber Bangerow a. a. O., Dernburg S. 478 fg., Schmid S. 145 fg., Sohm S. 66 fg., Bremer S. 221, und die von diesen Schriftstellern Citirten, neuestens Bekker krit. VJSchr. XV S. 539, Kohler pfandrechtliche Forschungen S. 199 fg., Schwemann a. a. O. Ich halte die zu-

1. Der Pfandgegenstand ist für die mehreren Pfandrechte ideell getheilt, jedes Pfandrecht bezieht sich auf einen besonderen Bruchtheil des Pfandgegenstandes[2]. In diesem Fall ist eine Collision der mehreren Pfandrechte nicht möglich.

2. Der Pfandgegenstand ist, wie körperlich, so auch ideell ungetheilt. Dabei sind Verschiedenheiten denkbar.

a) Jedes Pfandrecht steht dem andern gleich. Während dann jeder Pfandgläubiger Dritten gegenüber in derselben rechtlichen Lage ist, als wäre er alleiniger Pfandgläubiger, entscheidet zwischen den Pfandgläubigern selbst der Besitz[3]; es müßte denn ein Gemeinschaftsverhältniß oder ein anderweitiges obligatorisches Rechtsverhältniß zwischen ihnen bestehen, kraft dessen Theilung des Erlöses gefordert werden kann[4].

---

letzt bezeichnete Meinung, nämlich daß die Forderung durch das Pfandrecht hindurch hafte, für richtig (so auch Exner S. 80 fg.). Weniger anzunehmen, erlaubt l. 13 § 2 cit. (nach der hier festgehaltenen Auffassung) nicht; aber diese Stelle gebietet auch nicht, Mehr anzunehmen. Näher also so: der Afterpfandgläubiger fordert Befriedigung für die durch das verpfändete Pfandrecht versicherte Forderung; wird ihm geleistet, so ist er der rechte Empfänger, aber wird ihm nicht geleistet, so hat er kein anderes Mittel, die Leistung sich zu verschaffen, als Geltendmachung des verpfändeten Pfandrechts. Deßwegen kann er namentlich auch nicht den Schuldner in dieser Forderung durch Denuntiation hindern, sich durch Leistung an seinen Gläubiger zu befreien, wie denn dieses Mittel in den Quellen nirgends erwähnt wird (vgl. namentlich l. 40 § 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 14 § 3 D. de div. temp. praescr. 44. 3). Wird dem ersten Pfandgläubiger geleistet, so gilt das Gleiche wie beim Forderungspfandrechte.

* v. Löhr Arch. f. civ. Pr. XIV S. 161 fg. (1831). Vangerow I S. 871—873 (7. Ausg.). Baron Gesammtrechtsverhältnisse § 14. Dernburg II § 149. Goldschmidt Handelsr. I. 2 S. 957 fg.

§ 240. [1] Nicht hierher gehört der Fall der Afterverpfändung. Die beiden bei derselben stattfindenden Pfandrechte haben nicht denselben Gegenstand.

[2] Der Bruchtheil kann geradezu bezeichnet sein (½, ⅓ ꝛc.), oder durch das Verhältniß der Forderungen. L. 20 § 1 D. de pign. act. 13. 7, l. 10 i. f. D. de pign. 20. 1, l. 16 § 8 eod. Vgl. Dernburg II S. 408.

[3] L. 10 pr. D. de pign. 20. 1, l. 14 D. qui pot. 20. 4.

[4] Ein besonderer hierher gehöriger Fall ist der, wo der Pfandgläubiger mehrere Erben hinterlassen hat. L. 1 C. si ex plur. 8. 31 [32]. Vgl. Dernburg II S. 39 fg. — Dieser Schriftsteller erkärt sich (das. S. 409) wohl mit Recht gegen die Auffassung, als sei das Verhältniß auch so denkbar, daß die mehreren Pfandrechte zwar Dritten gegenüber jedes die ganze Sache ergriffen, dagegen im Verhältniß der Pfandgläubiger zu einander Theilung

b) Das eine Pfandrecht steht dem andern nach. Dieß ist der gewöhnliche und bei Weitem wichtigste Fall; von ihm ist näher zu handeln.

§ 241*.

Wenn mehrere dem Range nach verschiedene Pfandrechte an dem nämlichen Pfandgegenstand stattfinden, so kommt der Vermögenswerth des Pfandgegenstandes in erster Linie dem im Rang vorgehenden Pfandgläubiger, dem im Range nachstehenden nur der Ueberschuß zu Gute[1]. Hat der vorgehende Pfandgläubiger

gälte, ein Verhältniß, für welches auch l. 16 § 8 D. de pign. 20. 1 nicht beweist.

* Bachofen Nr. XVI, Dernburg II § 159—160.

[1] L. 15 § 2 D. de pign. 20. 1, l. 1 C. qui pot. 8. 17 [18]. — Frage: § 241. kann der nachstehende Pfandgläubiger verlangen, daß der vorgehende seine Befriedigung aus einer andern ihm verpfändeten Sache suche? Antwort: nein; es müßte denn dem vorgehenden Pfandgläubiger eine Chicane zur Last fallen, oder er müßte eine dahin gehende Verpflichtung übernommen haben. S. § 235 Ziff. 5 lit. c und die dort Citirten. Anders, wenn es zum Concurse gekommen ist. Im Concurse hört die Willkür der einzelnen Gläubiger auf, und es wird die Masse zwischen allen vertheilt, wie es objectiv gerecht ist. Gerecht ist es aber nicht, daß durch die Befriedigung eines Gläubigers der Eine mehr Schaden erleide, als der Andere. (Wird der Gläubiger aus dem einen Pfandgegenstand befriedigt, so erleiden Schaden die auf denselben angewiesenen Nachpfandgläubiger; wird er aus dem andern befriedigt, so erleiden Schaden die Chirographargläubiger bez., wenn auch dieser Gegenstand weiter verpfändet ist, die auf ihn angewiesenen Nachpfandgläubiger). Der vorgehende Pfandgläubiger wird daher aus jedem einzelnen der mehreren Pfänder, welche ihm zustehen, nach Verhältniß des Werthes derselben befriedigt (nach einer andern Meinung aus jedem zu gleichen Theilen, so jedoch, daß ihm, was das eine Pfand von dem auf dasselbe fallenden Theil nicht zu leisten vermag, aus dem andern zugelegt wird). Dabei ist aber zu bemerken: wenn dem Doppelpfandgläubiger andere Pfandgläubiger vorgehen, so ist in Anschlag zu bringen nicht der ganze Werth der Pfandsache, sondern dasjenige, was von demselben auf den Doppelpfandgläubiger nach Befriedigung der vorgehenden Pfandgläubiger fällt; es ist aber andererseits der auf ihn fallende Werthbetrag ganz in Anschlag zu bringen, und nicht etwa, wenn derselbe seine Forderung übersteigt, nur bis zum Belange seiner Forderung. Den letzteren Fehler machte Guyet (Arch. f. civ. Pr. XVIII S. 365 fg.), welchem übrigens das Verdienst gebührt, diese praktisch wichtige Frage zuerst angeregt zu haben (1835). Seitdem hat dieselbe eine ganze Literatur erhalten; s. Arnold prakt. Erörterungen Nr. 9 (1845), de Fontenay Arch. f. civ. Pr. XXXVII S. 163 fg. (1854), H. Dürrschmidt die Lehre von den Verbandhypotheken der deutschen Rechte, mit

verkauft, so hat der nachstehende kein anderes Recht, als von demselben Herausgabe Dessen zu verlangen, was dieser über den Betrag seiner Forderung hinaus erlöst hat[2]. Deßwegen ist aber das Pfandrecht des nachstehenden Pfandgläubigers nicht weniger ein sofort existirendes[3], und nicht weniger ein juristisch volles Pfandrecht. Dasselbe gewährt alle Befugnisse, welche in dem Pandrechte enthalten sind, und findet seine Grenze eben nur in dem besseren Recht des vorgehenden Pfandgläubigers. So kann der nachstehende Pfandgläubiger die Sache von jedem Dritten abfordern, und unterliegt nur im Streit mit dem vorgehenden[4].

---

besonderer Berücksichtigung der bayerischen Gesetzgebung, Augsburg 1856 (darüber Dahn krit. Ueberschau IV S. 292—296), Simon Arch. f. civ. Pr. XLI S. 345 fg. (1858), Brackenhöft das. XLIII S. 229 fg. (1860), H. Luden das. LIII S. 1 fg. (1870), de Fontenay das. LIII S. 308 fg. (1870); Sintenis Pfandrecht S. 472—481, Dernburg II S. 485—487; Vangerow I § 389 Anm. 2 lit. a (S. 889 der 7. Ausg.), Seuffert Pandektenr. 4. Aufl. § 303 Note 13. Seuff. Arch. VIII. 107, XVI. 169, XXXVII. 100.

[2] L. 12 § 5 D. qui pot. 20. 4. S. die Citate § 237 Note 25. — Da, wenn der vorgehende Pfandgläubiger zur Perception gelangt, der nachstehende nur den Ueberschuß erhält, so liegt es nahe, die Verpfändung im Ausdruck sogleich auf diesen Ueberschuß zu stellen, ohne daß aus diesem Ausdruck mit Nothwendigkeit geschlossen werden dürfte, daß der Verpfändungswille nicht auf die Verpfändung des ganzen Werthes an zweiter Stelle gehe. L. 96 § 3 D. de sol. 46. 3, l. 20 D. qui pot. 20. 4, l. 15 § 2 D. de pign. 20. 1.

[3] Man hat wohl, entweder bloß für das ältere römische Recht oder auch für das Justinianische, das Gegentheil angenommen, und dem nachstehenden Pfandgläubiger nur ein bedingtes Pfandrecht zugeschrieben, namentlich wegen der Stellen (l. 9 § 3 D. qui pot. 20. 4, l. 22 C. de pign. 8. 13 [14], l. 1 C. qui pot. 8. 17 [18]), in welchen es heißt, daß durch Befriedigung des ersten Pfandgläubigers das Pfandrecht des nachstehenden „confirmatur". Aber dieser Ausdruck will nichts sagen, als daß erst durch Befriedigung des vorgehenden Pfandgläubigers das nachstehende Pfandrecht zu ungeschmälerter Wirksamkeit gelange. Was l. 12 § 9 D. eod. angeht: „et omnino secundus creditor nihil aliud iuris habet, nisi ut solvat priori et loco eius succedat", so bekommen diese Worte ihren wahren Sinn durch den Zusammenhang der Stelle. Danach wollen sie nur sagen, daß der zweite Pfandgläubiger kein anderes Mittel als das bezeichnete habe, um zu verhindern, daß der dritte Pfandgläubiger sich an die Stelle des ersten setze. Ueber l. 15 § 2 D. de pign. 20. 1 s. die vorige Note. Vgl. Vangerow I § 388 Anm., Bachofen S. 487; Dernburg II S. 480—482.

[4] L. 12 pr. § 7 D. qui pot. 20. 4.

Er kann ferner verkaufen; freilich ohne bleibende Wirkung, da der vorgehende Pfandgläubiger dem Käufer die Pfandsache wieder nimmt[5]. Da der nachstehende Pfandgläubiger in dieser Weise im Resultate doch nur erhält, was durch den Verkauf des vorgehenden Pfandgläubigers Mehr, als dessen Forderung beträgt, erlöst wird, so ist es für ihn von großem Werth, daß er in der Ausbezahlung des vorgehenden ein Mittel besitzt, durch dessen Anwendung er sich selbst an dessen Stelle setzen und sich so die Möglichkeit verschaffen kann, den Verkauf in einer seinen Interessen entsprechenden Weise vorzunehmen. Das Nähere hierüber ist bereits oben (§ 233b Ziff. 4) vorgetragen worden. — Fällt das vorgehende Pfandrecht weg, so rückt das nachstehende an dessen Stelle[6], es müßte denn das nachstehende Pfandrecht durch besondere Bestimmung auf den Ueberschuß beschränkt worden sein[7].

[5] In diesem Sinne heißt es von dem nachstehenden Pfandgläubiger „nullo iure vendidit", l. 1 D. de distr. pign. 20. 5 (vgl. l. 5 pr. eod.), und daß er erst durch die Befriedigung des vorgehenden Pfandgläubigers die „distrahendi potestas" erlange (l. 8 C. qui pot. 8. 17 [18]). Wenn diese Stellen in keiner Weise gegen das Verkaufsrecht des nachstehenden Pfandgläubigers beweisen, so liegt der positive Beweis für dasselbe in der ganzen Structur des nachstehenden Pfandrechts als eines in sich vollkommenen und nur dem vorgehenden Pfandrecht weichenden Rechts. Nicht zutreffend ist die Berufung auf l. 15 § 5 D. de re iud. 42. 1, welche nur von dem richterlichen Executionspfand handelt; s. auch l. 22 § 1 D. de I. F. 49. 14. Für das Verkaufsrecht des nachstehenden Pfandgläubigers haben sich ausgesprochen: Bopp Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III S. 234 fg. (1830) und Arch. f. civ. Pr. XV S. 350 fg. (1832, das. S. 353 auch eine Uebersicht der älteren Literatur), Bachofen S. 485—490, Vangerow I § 388 Anm.; gegen dasselbe: v. Löhr Arch. f. civ. Pr. XIV S. 170 fg. (1831), Sintenis pfandrechtl. Streitfragen S. 122 fg. und Pfandr. S. 663 fg., Fritz Erläuterungen I S. 531 fg., Dernburg II S. 482 fg. Eine andere Frage ist es übrigens, ob der nachstehende Pfandgläubiger unter allen Umständen verkaufen darf. In dieser Beziehung ist zu beachten, daß in dem Verkaufe einer beweglichen Sache eine Verbringung der Sache liegen kann, welche unter die Kategorien des dolus und des furtum fällt. L. 1 D. de distr. pign. 20. 5. Vgl. § 235 Note 5. — Nach modernem Hypothekenrecht kann der nachstehende Pfandgläubiger Subhastation mit definitiver Wirkung beantragen. Simon Arch. f. civ. Pr. XLI S. 50 fg., Bähr Jahrb. f. Dogm. XIII S. 185, Stobbe II § 114 Note 15. Seuff. Arch. XXXI. 121.

[6] L. 15 § 2 D. de pign. 20. 1, l. 9 § 3 D. qui pot. 20. 4.

[7] In diesem Fall kann der Pfandgläubiger zwar mit bleibender Wirkung verkaufen, muß aber einen Betrag, welcher dem Betrag der durch das er-

B. Rang der Pfandrechte*.

1. Zeitverhältniß**.

§ 242.

Der Rang der mehreren an dem gleichen Gegenstand stattfindenden Pfandrechte bestimmt sich der Regel nach durch ihr Zeitverhältniß[1]. Ausnahmen von dieser Regel werden durch den

---

loschene Pfandrecht versicherten Forderung gleich ist, dem Eigenthümer herausgeben. Vgl. § 237 Note 23. Der Eigenthümer kann in dem bezeichneten Fall für den durch Wegfall des vorgehenden Pfandrechts frei werdenden Betrag auch ein neues Pfandrecht mit dem Rang des erloschenen bestellen. Vgl. § 242 Note 1. Die Beschränkung des nachstehenden Pfandrechts auf den Ueberschuß versteht sich nicht von selbst; sie ergibt sich nicht einmal ohne Weiteres daraus, daß die zweite Verpfändung im Wortlaut auf den Ueberschuß gestellt worden ist. S. oben Note 2. — Das Princip des Nachrückens des dem Range nach schlechteren Pfandrechts an die Stelle des getilgten dem Range nach besseren erkennt auch das moderne Hypothekenrecht an, nur daß nach demselben die Hypothek nicht als getilgt gilt, bis sie im Hypothekenbuch gelöscht ist, und es daher nahe liegt, bis dahin dem Eigenthümer eine Disposition über dieselbe zu gestatten. Vgl. Preuß. Gesetz vom 5. Mai 1872 § 62—64. Regelsberger Studien im bayer. Hypothekenrecht S. 54 fg., Roth Arch. f. civ. Pr. LXII S. 125 fg.

* Dig. 20. 4 qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt. Cod. 8. 17 [18] qui potiores in pignore habeantur.

** Hepp Diss. qua inquiritur, ex quo tempore hypotheca bona debitoris afficiat (1827); dazu Zimmern in Schunck's Jahrb. II S. 246 fg. und Mayer in Tüb. krit. Zeitschr. II S. 71 fg., Hepp Arch. f. civ. Pr. X S. 245 fg. (1827). Regelsberger zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte (1859), und dazu Fitting krit. VJSchr. I S. 71 fg. Dernburg II § 150. I § 68—71. Glück XIX S. 319 fg.

§ 242. [1] L. 3 [4] C. h. t.: — „sicut prior es tempore, ita potior es iure". L. 2 eod.: — „cum de pignore utraque pars contendit, praevalet iure, qui praevenit tempore". Bei der Bestimmung des Zeitverhältnisses wird der Tag als untheilbares Ganze gerechnet. L. 16 § 8 D. de pign. 20. 1, vgl. l. 8 D. de feriis 2. 12. Harmenopulos Prompt. III. 5 § 36: „*αἱ ὧραι αἱ προλαμβάνουσαι καὶ ὑστερίζουσαι οὐ ποιοῦσί τινι αὐτῶν προτίμησιν*". Regelsberger § 35 Note c. A. M. Dernburg II S. 410, Arndts § 383 a. E. Seuff. Arch. XXX. 234 (= Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock VIII S. 68. 69). — Ist es zulässig, bei der Bestellung eines Pfandrechts einem später zu bestellenden den Vorrang vorzubehalten? Dagegen Dernburg II S. 414 fg., dafür Bremer Hypothek und Grund-

Vorzug der öffentlichen und der privilegirten Pfandrechte begründet (§ 245. 246). Eine fernere Ausnahme ist durch CPO. § 709 Abs. 2 begründet worden[1a].

Das den Rang der Pfandrechte bestimmende Zeitverhältniß[2] ist nicht nothwendig das ihrer Entstehung[3]. Ein Pfandrecht hat Rang gewiß von der Zeit, wo es existent geworden ist; aber es kann sehr wohl Rang von einer Zeit haben, wo es noch nicht existent war. Dieses Letztere ist dann der Fall, wenn vor der Entstehung des Pfandrechts der Grund zu demselben in einer den Schuldner (den Eigenthümer der Pfandsache) bindenden Weise gelegt war. Im Einzelnen gehören hierher folgende Sätze.

1. Das unter einer Bedingung oder Befristung bestellte Pfandrecht datirt von der Zeit der Bestellung[4].

---

schuld S. 39 fg., v. Bar Arch. f. civ. Pr. LIII S. 373 fg., welche letztere Schriftsteller aber in der Begründung von einander abweichen. Ich bin ebenfalls für die Zulässigkeit, in folgender Auffassung: kann von einer Bedingung die Existenz eines Pfandrechts, so kann von einer Bedingung auch sein Inhalt, das Maß der durch dasselbe gewährten rechtlichen Macht, abhängig gemacht werden; die Bedingung ist hier die Bestellung oder Nichtbestellung eines andern Pfandrechts.

[1a] Das Pfändungspfandrecht an einer beweglichen Sache geht allen Pfandrechten vor, „welche für den Fall eines Konkurses den Faustpfandrechten nicht gleichgestellt sind". KO. § 40. 41. Mandry S. 389 fg.

[2] Das Folgende gilt nur unter der Voraussetzung, daß nicht das Hypothekensystem particularrechtlich eingeführt ist. Wo dieß der Fall ist, hat kein Pfandrecht Rang von einer früheren Zeit, als der seiner Eintragung. Nicht so unbedingt ist auch der positive Satz wahr, daß jedes Pfandrecht Rang von der Zeit seiner Eintragung habe; wie z. B. wenn ein Pfandrecht für ein künftig zu nehmendes Darlehn eingetragen wird (Note 6). Gewöhnlich wird dieses Letztere nicht beachtet. Vgl. Regelsberger § 40—43 und das Urtheil bei Seuff. VI. 318.

[3] Anders die herrschende Meinung. Gegen dieselbe ist die genannte Schrift von Regelsberger gerichtet, deren Grundauffassung auch von Fitting a. a. O. gebilligt worden ist, während sich gegen dieselbe ausgesprochen haben: Dernburg I S. 518 Anm. 2, Sintenis I § 74 Note 1, Vangerow I § 369 Anm. 1 Nr. 1 a. E. S. außerdem aus der Zeit vorher: Windscheid die Wirkung der erfüllten Bedingung S. 20, Scheurl krit. Ueberschau V S. 31 (vgl. aber auch krit. VJSchr. II S. 501, Beiträge II. 2 S. 219), Brinz S. 342; aus der Zeit nachher: Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 482 fg., Köppen das. XI S. 177 Note 83. S. 203 Note 44. Exner Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 100 fg. 120 fg., Brinz 2. Aufl. II S. 859 fg.

2. Ebenso das für eine bedingte oder befristete Forderung bestellte Pfandrecht[5].

[4] Denn in beiden Fällen ist der Verpfänder gebunden, d. h. er hat nicht mehr die Macht, das in Aussicht gestellte Pfandrecht nicht entstehen zu machen, oder anders entstehen zu machen, als wie er es in Aussicht gestellt hat, d. h. als Pfandrecht an einer mit den später entstandenen Pfandrechten noch nicht belasteten Sache. S. § 89 Note 3. 4, § 96 Note 5 a. E. Daß das unter einer Befristung bestellte Pfandrecht später bestellten Pfandrechten vorgeht, sagt ausdrücklich l. 12 § 2 D. h. t. — Die herrschende Meinung (übereinstimmend in dieser Beziehung Regelsberger S. 118. 119) erklärt diese Sätze, was die bedingte Verpfändung angeht, aus der Rückziehung der Bedingung (§ 91), was die befristete angeht, daraus, daß das unter einer Befristung verliehene Recht an und für sich sofort existire (§ 96). Demgemäß muß sie in Betreff der befristeten Verpfändung die, ganz gewiß unrichtige, Ausnahme hinzufügen, daß die Zeit der Bestellung dann nicht entscheidend sei, wenn die Parteien wirklich Existenz des Pfandrechts erst von der bezeichneten Zeit an gewollt hätten (s. namentlich Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 173, Regelsberger S. 119).

[5] L. 9 pr. § 1. 2 l. 11 § 1 l. 18 D. h. t. Die Verpfändung bindet in demselben Maße wie die Forderung, für welche sie gemacht wird. L. 9 pr. D. cit: „Qui balneum ex Kalendis proximis conduxerat, pactus erat, ut homo Eros pignori locatori esset, donec mercedes solverentur. Idem ante Kalendas Iulias eundum Erotem alii ob pecuniam creditam pignori dedit. Consultus, an adversus hunc creditorem petentem Erotem locatorem praetor tueri deberet, respondit: debere. Licet enim eo tempore homo pignori datus esset, quo nondum quidquam pro conductione deberetur, quoniam tamen iam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatore ius pignoris in eo solvi non posset, potiorem eius causam habendam". Auch hier hilft sich die herrschende Meinung mit der Rückziehung der erfüllten Bedingung (wobei sie übrigens mit l. 9 § 2 D. h. t. in einen bösen Conflict kommt, indem nämlich ziemlich allgemein angenommen wird, daß bei bedingten Vermächtnissen die Rückziehung wegfalle, vgl. Fitting Begriff der Rückziehung S. 40 fg., Scheurl krit. VJSchr. II S. 501 und Beiträge II. 2 S. 219, Regelsberger S. 18. 19, Eisele Arch. f. civ. Pr L S. 307, Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 177. 203) und mit dem Satze, daß die Befristung nur die Geltendmachung, nicht die Existenz des Rechts aufschiebe. So auch Regelsberger § 16. 20. Dernburg (I § 69) nimmt für den Fall der bedingten Forderung Existenz des Pfandrechts vor der Forderung an (vgl. 225 Note 7), Wendt die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft S. 26. 69 sofortige Existenz der bedingten Forderung (s. § 89 Note 13a). Für die Möglichkeit der Existenz des Pfandrechts vor der Forderung ist auch Schott Jahrb. f. Dogm. XV S. 15. 16 (ohne alle nähere Ausführung, vgl. § 225 Note 7). Vgl. noch Seuff. Arch. XXIII. 19. — Der Schuldner ist deßwegen nicht weniger gebunden, weil er durch eine Willenserklärung dem

3. Dagegen datirt das für eine bloß zukünftige Forderung bestellte Pfandrecht erst von der Zeit, wo die Forderung wirklich existent geworden ist[6], wenn nicht ausnahmsweise die Absicht der Parteien dahin ging, daß eine sofortige Pfandgebundenheit eintreten solle. Dieses Letztere ist namentlich dann anzunehmen, wenn der künftige Gläubiger genöthigt werden konnte[7], sich durch eine Aufopferung von seiner Seite zum Gläubiger zu machen[8]; ebenso

---

wirklichen Existentwerden der Verbindlichkeit entgehen kann, wie z. B. bei dem auf Kündigung gestellten Miethvertrag, beim Mandat (vgl. § 225 Note 6 und Regelsberger § 9. 10). Dagegen ist, wenn die Bedingung der Forderung auf den nackten Willen des zu Verpflichtenden gestellt ist, eine obligatorische Gebundenheit gar nicht vorhanden, und demgemäß auch keine Pfandgebundenheit (§ 93). Von diesem Falle ist zu verstehen l. 9 § 1 h. t. (§ 89 Note 15.)

[6] Ueber den Begriff der bloß zukünftigen Forderung, der zukünftigen Forderung im technischen Sinn, im Gegensatz zu der bedingten und befristeten, s. § 225 Note 6. Es wird hier unter einer solchen Forderung verstanden eine Forderung, zu der auch nicht einmal der Grund gelegt ist, so daß der Schuldner noch vollkommen ungebunden ist, von welcher Art z. B. die Forderung aus einem verabredeten Darlehn ist. Eben deßwegen, weil hier keine obligatorische Gebundenheit stattfindet, wird auch durch die Verpfändung keine Gebundenheit erzeugt, und datirt daher das für eine solche Forderung bestellte Pfandrecht erst von der Zeit, wo die Forderung wirklich existent wird, nicht von der Zeit der Bestellung. L. 11 pr. l. 1 § 1 D. h. t., l. 4 D. quae res pign. 20. 3 (vgl. l. 30 D. de R. C. 12. 1). Regelsberger § 12, Dernburg I S. 528—530; Seuff. Arch. I. 410. — Ich habe früher angenommen, daß die Entscheidung der genannten Stellen ohne inneren Grund sei (Arch. f. civ. Pr. XXXV S. 56—58). Diese Meinung beruht auf einer irrigen Auffassung des Verhältnisses des Pfandrechts zu seiner Forderung, auf der Annahme, daß die Forderung etwas zu dem Pfandrechte äußerlich Hinzutretendes sei, während sie etwas durch seinen Begriff Gegebenes ist. Vgl. § 89 Note 15, § 225 Note 7.

[7] Beispiele: Jemand verpflichtet sich, einem Andern ein Darlehn, oder Darlehn bis zu einer gewissen Summe, zu geben (Creditvertrag); Jemand verbürgt sich für die von einem Andern zu contrahirenden Schulden. Vgl. Windscheid Arch. f. civ. Pr. XXXV S. 61.

[8] Von welcher Zeit an das Pfandrecht für eine zukünftige Forderung in dem im Text genannten Fall zu datiren sei, ist eine höchst bestrittene und höchst häkelige Frage. Vgl., auch was die frühere Literatur angeht, Vangerow I § 372 Anm. 3, Windscheid Arch. f. civ. Pr. XXXV S. 51 fg. (1852); aus der neueren Zeit Arndts § 384 Note 6, Regelsberger § 13—14 und dazu Fitting a. a. O. S. 84. 85, Dernburg I S. 530—537 und dazu Scheurl krit. VJSchr. II S. 503—504, Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 458 fg.

wenn die Verpfändung für die künftige Schuld eines Dritten geschieht[8a].

4. Wenn bei der Verpfändung der Gegenstand des Pfandrechts noch nicht sogleich bezeichnet wird, so ist auch dieß an und

Köppen das. XI S. 257 fg., Exner Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 103 fg., Schott Jahrb. f. Dogm. XV S. 22 fg. 27 fg., Dernburg Pand. I S. 662. Diese neueren Schriftsteller haben sich mit Ausnahme von Fitting und Scheurl für die im Text behauptete Ausnahme erklärt, Arndts und Regelsberger mit Berufung auf die Billigkeit, Dernburg und Schott nach ihrer Auffassung von der Möglichkeit des Bestehens eines Pfandrechts vor der Forderung (§ 225 Note 7), über Jhering, Köppen und Exner s. unten. Ich selbst bin zur Aufgabe der früher (a. a. O.) von mir vertretenen gegentheiligen Meinung durch folgende Erwägung bestimmt worden. Es ist zwar vollkommen wahr, daß die Verpfändung für eine zukünftige Forderung keine Verpfändung unter einer Bedingung ist, sondern die Verleihung einer Macht, welche die zukünftige Forderung zur begriffsmäßigen Voraussetzung hat, und daß daher im Zweifel angenommen werden muß, daß der Verpfänder sich durch die Verleihung dieser Macht in keiner andern Weise habe binden wollen, als er obligatorisch gebunden war. Aber wenn nachweislich seine Intention wirklich darauf ging, sich durch die Verpfändung sogleich zu binden, soll man dann seinem Willen alle Wirkung versagen, oder soll man ihm nur obligatorische Wirkung beilegen? Das Erstere wird Niemand wollen; das Letztere ist die eigentliche Frage. Ich sehe nun in der That keinen Grund, dieselbe zu bejahen. Wenn die Willenserklärung bindet, und bei der Verleihung eines dinglichen Rechts dinglich bindet, welche ihre Wirkung abhängig macht von einem äußerlichen Umstande, warum soll nicht auch diejenige in gleicher Weise zu binden im Stande sein, welche ihre Wirkung abhängig macht von einem innerlichen, d. h. aus dem Begriff des hervorzubringenden Rechtsverhältnisses sich von selbst als nothwendig ergebenden Umstande (einer s. g. condicio iuris)? Bejaht man aber diese letztere Frage (übereinstimmend Exner a. a. O., vgl. im Allgemeinen Exner das. S. 100; Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 470. 473, Köppen das. XI S. 163 unt. aber auch S. 219 unt. 256), so hat man Friede mit l. 1 pr. D. h. t., einer Stelle, gegen welche die entgegengesetzte Ansicht nur Nothbehelfe hat (s. darüber Windscheid a. a. O. S. 69 fg., Regelsberger S. 39. 40, Dernburg S. 531—533, Karlowa Rechtsgeschäft S. 39), und Hülfe für die armen Credithypotheken, welche schon so lange nach einer theoretischen Rechtfertigung ihres Altersvorzuges suchen. Vgl. Windscheid S. 61 fg., Dernburg I § 71, Endemann Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 210—212, Goldschmidt Handelsr. I § 87 Note 6, Grünhut in seiner Zeitschrift III S. 497. 531 fg.; Seuff. Arch. XIII. 113. 132. 238, XXII. 121, XXV. 261, XXVII. 11. Budde u. Schmidt Entscheid. des OAG. zu Rostock VI. 77. (Dernburg Pand. a. a. O. kann einen Unterschied zwischen dinglicher Pfandgebundenheit und Pfandrecht nicht „entdecken". Seltsam!)

[8a] Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 257.

für sich kein Hinderniß, daß nicht das durch die hinterherige Bezeichnung des Gegenstandes wirklich entstehende Pfandrecht von der Zeit der Verpfändung datirt werde. Anders nur, wenn der Verpfänder die Bezeichung des Gegenstandes sich in dem Sinne vorbehalten hat, um sich einstweilen in Betreff seiner Sachen noch freie Hand zu wahren[9].

5. Pfandrechte, welche an einer Sache bestellt werden, die gegenwärtig noch nicht im Eigenthum des Verpfänders steht, oder gegenwärtig noch gar nicht existirt, haben Rang unter einander nicht von der Zeit an, wo sie durch den Erwerb oder die Entstehung der Sache zur Existenz gelangt sind, so daß sie sich gleich stünden, sondern von der Zeit der Bestellung an, so daß das früher bestellte dem später bestellten vorgeht[10].

---

[9] In diesem Sinne ist zu verstehen l. 11 § 2 D. h. t. „Si colonus convenit, ut inducta in fundum illata ibi nata pignori essent, et antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit, quia non ex conventione priori obligatur, sed ex eo, quod inducta res est; quod posterius factum est". Anders also nicht bloß dann, wenn die Bezeichnung der Sache, an welcher das Pfandrecht entstehen soll, dem Willen des Verpfänders ganz entzogen ist, sondern auch dann, wenn trotz der Freiheit, welche derselbe sich vorbehalten hat, seine Intention darauf ging, daß er in Betreff seiner sämmtlichen möglicherweise zu bezeichnenden Sachen sofort gebunden sein wolle. Vgl. Regelsberger § 27, Dernburg I S. 193. 194; ungenügend Windscheid Arch. f. civ. Pr. XXXV S. 55. — Wenn allgemein die Verpfändung der inducta et illata als Verpfändung unter einer Bedingung gefaßt wird, so ist doch zu beachten, daß es sich hier nicht um eine eigentliche Bedingung, sondern um eine s. g. condicio iuris handelt. — Wie ist es, wenn die inducta et illata Mehreren hinter einander verpfändet werden? Auch in diesem Fall geht das erstbestellte Pfandrecht dem zweitbestellten nicht vor, eben weil der Pfandbesteller noch nicht gebunden sein wollte. A. M. Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 262, mit Berufung auf die rückwirkende Kraft, welche er auch der condicio iuris zuschreibt. Die gleiche Entscheidung gibt Köppen (S. 256) für den Fall, wo Mehreren zu verschiedenen Zeiten für ein zu nehmendes Darlehn verpfändet wird (Note 6), wenn die Darlehne gleichzeitig gegeben werden.

[10] Das römtsche Recht nimmt an, daß auch durch eine solche Verpfändung eine sofortige Gebundenheit des Verpfänders eintrete. Freilich ist der hier aufgestellte Satz äußerst bestritten, und namentlich in seiner Anwendung auf die s. g. Generalhypothek, d. h. die Verpfändung des gesammten künftigen Erwerbes, wo der hier betrachtete Fall sich mit dem Fall unter Ziff. 4 mischt, bildet er noch immer den Gegenstand der lebhaftesten theoretischen Controverse,

§ 243.

Der im Vorstehenden entwickelte Grundsatz gilt in gleicher Weise, wie für vertragsmäßig bestellte, so auch für letztwillig

---

während die Praxis von jeher an dem Vorzug des früher bestellten Pfandrechts festgehalten hat (vgl. Regelsberger § 22a Note a, Holzschuher II § 125 Nr. 3. b, Seuff. Arch. XI. 19, XIX. 219). Für mich ist entscheidend Folgendes. Pfandrechte, welche Jemand an einer fremden Sache ohne Hinweis auf sein Nichteigenthum, also als an einer eigenen, bestellt, haben Rang nach l. 9 § 3 D. h. t. (vgl. auch l. 14 eod.) unbezweifelbar nach der Zeit ihrer Bestellung. Eine solche Pfandbestellung nun ist ungültig, und convalescirt selbst durch den späteren Eigenthumserwerb des Verpfänders nicht geradezu, sondern nur auf einem Umwege (§ 230 Note 8): wenn dennoch Pfandgebundenheit angenommen wird, darf sie geleugnet werden bei einer Verpfändung, welche mit Hinweis auf den künftigen Erwerb der verpfändeten Sache, also gültig, gemacht wird? Diesem Argumente gegenüber muß sich, wie mir scheint, beugen sowohl l. 7 § 1 D. h. t., wo die Annahme gleichzeitiger Verpfändung immer möglich bleibt, wie l. 28 D. de I. F. 49. 14, welche für die entgegengesetzte Meinung doch nur indirect beweist und überdieß in ihrer Lesart bestritten ist. Kein Argument für die hier vertretene Meinung liefert meiner Ansicht nach l. 12 pr. D. h. t., welche Fitting für die eigentliche Beweisstelle hält, kein entscheidendes l. 3 § 1 eod., in welcher Dernburg ein „völlig bestimmtes Zeugniß" sieht — dagegen ein nicht leicht zu beseitigendes noch l. 7 C. h. t. und l. 6 § 2 C. de sec. nupt. 5. 9. Ueber die Literatur s. die Nachweisungen bei Glück XVIII S. 214 fg., Schmidt (von Dresden) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII S. 368, Vangerow I § 369 Anm. 1, Arndts § 384 Note 8, Regelsberger § 22a, und außerdem Regelsberger selbst § 22—34 und dazu Fitting Rec. S. 87—92, Dernburg I § 29. 30 und dazu Scheurl Rec. S. 450—452. Diese zuletzt genannten neueren Schriftsteller haben sich, mit Ausnahme von Scheurl, sämmtlich für die hier vertheidigte Meinung erklärt; für dieselbe sind ferner Brinz S. 299 fg. (2. Aufl. II § 352 Note 6), Arndts a. a. O. — gegen dieselbe Puchta § 210. g (Vorles. I Beil. XIX), Vangerow I § 369 Anm. 1, Sintenis I § 74 Note 12, Keller § 194 a. E. — Was die l. 7 § 1 D. h. t. angeht, so hat Schmidt (von Dresden) a. a. O. nachzuweisen gesucht, daß diese Stelle nicht nur nicht gegen die hier vertheidigte Meinung spreche, sondern sogar für dieselbe: er hat damit Brinz und Regelsberger überzeugt, und auf Vangerow wenigstens Eindruck gemacht. So weit ich sehe, beruht die Schmidt'sche Argumentation ganz auf der Annahme, daß im pr. der Stelle unter „antiquior creditor" ein Gläubiger verstanden werde, dessen Pfandrecht zuerst entstanden sei, während doch dieser Ausdruck hier, wie sonst, denjenigen bezeichnet, dem zuerst verpfändet worden ist. Auch in der Wendung, welche Regelsberger dem Schmidt'schen Argument gegeben hat, halte ich dasselbe für in keiner Weise entscheidend. Gegen Schmidt s. Herrmann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IX S. 353 fg. Eine

hinterlassene und für richterliche Pfandrechte. Es ist aber in Beziehung auf diese beiden letzteren Klassen der Pfandrechte noch näher anzugeben, welche Thatsachen die der vertragsmäßigen Bestellung entsprechenden, also den Grund für das Pfandrecht legenden, sind. Bei dem letztwillig hinterlassenen Pfandrechte kommt die grundlegende Willenserklärung zur Vollendung durch den Tod des Erblassers[1]. Für das von dem Richter im Theilungsproceß zuerkannte Pfandrecht ist die grundlegende Thatsache das rechtskräftige Theilungsurtheil[2], für das Executionspfandrecht die Pfändung[3], für das auf der Besitzeinweisung beruhende Pfandrecht die wirkliche Erlangung des Besitzes[4]. Werden jedoch mehrere Personen aus dem nämlichen Grunde eingewiesen, so begründet die frühere Erlangung des Besitzes zwischen ihnen keinen Vorzug[5].

---

andere und besondere Meinung über l. 7 § 1 cit. bei Fitting a. a. O. S. 88—90. — In Betreff der res debita vgl. noch Vangerow 1 § 372 Anm. 2. b in der 7. Aufl.

[1] Das letztwillig hinterlassene Pfandrecht entsteht erst mit dem Antritt der Erbschaft. Uebrigens ist es hier praktisch gleichgültig, ob man das Pfandrecht von seiner Grundlegung datirt oder von seiner Entstehung. Denn die Frage kann nur die sein, wie sich das Pfandrecht zu den von dem Erben an der Erbschaftssache im Voraus eingeräumten Pfandrechten verhält, und diesen geht es jedenfalls und ganz unabhängig von seinem Datum vor, da der Erbe die Sache nur als pfandbeschwerte erwirbt. Vgl. Regelsberger S. 111, Dernburg I S. 289—291, Scheurl Rec. S. 456. § 243.

[2] Das rechtskräftige Theilungsurtheil; aber das Pfandrecht datirt nicht, wie Regelsberger S. 109 sagt, von der Zeit an, wo das Urtheil (durch Versäumung der Frist zur Einlegung von Rechtsmitteln oder durch Verzicht auf die Einlegnng von Rechtsmitteln) rechtskräftig geworden ist. Durch wirkliche Einlegung von Rechtsmitteln wird das erstinstanzliche Urtheil aufgehoben, so daß das Pfandrecht erst von dem höheren Urtheil an, wenn dieses rechtskräftig geworden ist, datiren kann. Vgl. l. 6 § 1 D. de his qui not. 3. 2, l. 6 § 8 D. de iniusto 28. 3, l. 1 § 14 D. ad SC. Turpill. 48. 16. Dernburg II S. 413—414, Wetzell Civilpr. § 56 Note 102.

[3] L. 10 D. h. t. Vgl. Seuff. Arch. VIII. 20, XXX. 8. CPO. § 709 Abs. 3.

[4] L. 26 § 1 D. de pign. act. 13. 7, l. 3 C. ut in poss. leg. 6, 54, l. 2 C. h. t.

[5] L. 12 pr. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5, l. 5 § 2. 3 D. ut in poss. leg. 36. 4, l. 15 § 15. 18 D. de damno inf. 39. 2, l. 1 § 16 D. de ventr. 37. 9. Dernburg I S. 409. 410, Regelsberger § 35 Note b.

§ 244.

Auch für das Datum der gesetzlichen Pfandrechte ist der in § 242 angegebene Grundsatz maßgebend. Dieselben datiren nicht erst von der Zeit, wo die mit dem Pfandrechte versehene Forderung wirklich existent geworden ist, sondern von der Zeit, wo zu derselben in einer den Schuldner bindenden Weise der Grund gelegt worden ist[1]. Auch insofern ihnen Sachen unterliegen, welche zur Zeit der Begründung der Forderung noch nicht im Vermögen des Schuldners waren, datiren sie von der gleichen Zeit, und nicht erst von der Zeit, wo der Schuldner diese Sachen erworben hat[2]. Im Einzelnen ist hier noch Folgendes zu bemerken.

1. Das Pfandrecht des Vermiethers an dem in das vermiethete Grundstück vom Miether Eingebrachten datirt erst von der Zeit der Einbringung. Der Sinn der gesetzlichen Vorschrift, auf welcher dieses Pfandrecht beruht, ist nicht der, daß der Schuldner in Betreff der noch nicht eingebrachten Sachen irgendwie gebunden sein solle[3].

---

§ 244. [1] So datirt namentlich das Pfandrecht am Vermögen des Vormundes nicht erst von der Zeit, wo nach Beendigung der Vormundschaft das Mündelvermögen herausgegeben werden muß, oder von der Zeit, wo durch die Schuld des Vormundes eine Benachtheiligung des Mündels eingetreten ist, sondern sogleich von der Zeit der übertragenen Vormundschaft. Ebenso bei den andern gesetzlichen Pfandrechten, welche bestimmt sind, den Inhaber eines Vermögens gegen den Verwalter desselben zu schützen. L. 6 § 4 C. de bon. quae lib. 6. 61, l. 6 § 9 [2] C. de sec. nupt. 5. 9, l. 11 C. de pact. conv. 5. 14. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 157—159, Vangerow I § 357 Anm. Nr. 2 a. E., Dernburg I S. 371. 372. Seuff. Arch. XVIII. 214.

[2] L. 6 § 9 [2] C. de sec. nupt. 4. 9; vgl. l. 6 § 4 C. de bon. quae lib. 6. 61, l. 11 C. de pact. conv. 5. 14, Nov. 109 c. 1. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 207—215, Regelsberger S. 96. 97, Dernburg I S. 250. 251. Das Gesagte gilt auch von dem Pfandrechte des Verpächters an den künftig auf dem verpachteten Grundstück zu ziehenden Früchten; dasselbe datirt von der Zeit des abgeschlossenen Pachtvertrags (a. M. Vangerow I § 376 Anm. 1. b a. E., Dernburg I S. 309 unt.). Es gilt ferner für das Pfandrecht desjenigen, der zur Wiederherstellung eines Gebäudes Geld dargeliehen hat; dasselbe erhält sein Datum sogleich durch den Darlehnsvertrag, nicht erst durch die Wiederherstellung des Gebäudes. Madai Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX S. 123 fg., Dernburg I S. 320; a. M. Vangerow I § 376 Anm. Nr. 2.

[3] Dieß geht mit Bestimmtheit daraus hervor, daß auch die ausdrückliche

2. Das Pfandrecht des Vermächtnißnehmers datirt von der Zeit des Todes des Erblassers. Durch den Tod des Erblassers kommt die Vermächtnißverfügung in der Weise zur Vollendung, daß der Beschwerte durch sie gebunden ist[4].

3. Das Pfandrecht des Fiscus wegen seiner Steuerforderungen datirt von der Zeit, wo die Steuern fällig geworden sind. Jede Steuerforderung ist eine selbständige Forderung, nicht Ausfluß eines einigen zu Grunde liegenden Verhältnisses[5].

4. Das Pfandrecht der Kinder am Vermögen der Aeltern wegen des ihnen in Folge der zweiten Ehe der Aeltern anfallenden Ehegewinnes datirt nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung nicht erst von der Zeit, wo der Ehegewinn den Kindern angefallen, sondern bereits von der Zeit, wo er von den Aeltern erworben ist[6].

5. Das Pfandrecht der Ehefrau wegen ihrer Dos datirt, wenn die Dos vor Eingehung der Ehe bestellt worden ist, nicht schon von der Bestellung der Dos, sondern erst von der Zeit der Eingehung der Ehe. Vorher war eine Dotalforderung noch gar nicht vorhanden[7].

2. Vorzug des öffentlichen Pfandrechts*.

§ 245.

Ein Vorzug des jüngeren Pfandrechts vor dem älteren wird dadurch begründet[1], daß jenes durch eine öffentliche Urkunde oder

---

Verpfändung des Eingebrachten nicht anders ausgelegt wird (§ 242 Note 9). Dernburg I S. 304, Vangerow I § 376 Anm. Nr. 1. a.

[4] Andere Meinungen: 1) das Pfandrecht datire vom dies cedens, Vangerow I § 376 Anm. Nr. 4 und die dort Citirten; 2) es datire von der Zeit des Erbschaftsantrittes, Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 152, Regelsberger § 38, Dernburg I S. 332.

[5] Die Frage ist sehr bestritten; Andere sehen auf die Zeit der Auferlegung, oder auf die Zeit der Repartirung, oder unterscheiden zwischen Personal- und Realsteuern. S. Pfeiffer prakt. Ausführ. VIII S. 32 fg., Dernburg I S. 351, Vangerow I § 376 Anm. Nr. 1. a.

[6] L. 6 § 9 [2] l. 8 § 3 [4] C. de sec. nupt. 5. 9. Vgl. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 159 Note 1, Regelsberger § 10 Note 6.

[7] A. M. Dernburg I S. 391, Vangerow I § 376 Anm. Nr. 4. a.

* Dernburg II § 151. Glück XVIII S. 278—303.

[1] Nach einem Gesetze von K. Leo aus dem Jahre 469, l. 11 C. h. t. § 245.

eine Privaturkunde, welche von drei unbescholtenen Zeugen unterschrieben ist[2], dieses nur durch eine einfache Privaturkunde dargethan werden kann[3]. Dieß gilt nicht bloß für vertragsmäßige, sondern auch für alle anderen Arten von Pfandrechten[4]. Dagegen wird durch den aufgestellten Satz der Vorzug des privilegirten Pfandrechts vor dem nicht privilegirten nicht berührt, und nur dann macht jener Satz sich wieder geltend, wenn bei mehreren gleich privilegirten Pfandrechten auf das Zeitverhältniß zurückgegriffen werden muß[5.6].

Dieses Gesetz hat Veranlassung zu einer ganzen Reihe von Controversen gegeben; s. das Folgende.

[2] Durch ein instrumentum publicum oder (nach neuerem Sprachgebrauch) durch ein instrumentum quasi publicum. Auf Grund dieser Ausdrücke sagt man auch: pignus publicum und quasi publicum. Vgl. Dernburg II S. 417—419. 425—427. Seuff. Arch. XIX. 220 (dawider Dernburg S. 419).

[3] Wie wenn andere Beweismittel für dasselbe vorliegen? Geht auch dann das öffentliche Pfandrecht vor? Das Gesetz sagt dieß nicht. Es bestimmt überhaupt nicht sowohl über die Bedeutung der durch eine öffentliche Urkunde bewiesenen Pfandrechte, als vielmehr über die Bedeutung der durch eine Privaturkunde bewiesenen. Uebereinstimmend Gesterding Ausbeute II S. 455, Fritz Erläuterungen I S. 519. 520; a. M. Löhr Arch. f. civ. Pr. XII S. 163—166, Sintenis Pfandr. S. 270 fg. u. Civilr. I § 80 Note 23. A. M. auch Seuff. Arch. XXVI. 15, XXXVI. 185 (RG.).

[4] Weder der Wortlaut des Gesetzes nöthigt zu der erwähnten Beschränkung, noch führt darauf sein Grund, wie man denselben auch fassen mag (Note 6). Für die hier vertretene Meinung namentlich Löhr Arch. f. civ. Pr. VI S. 158—160 und XII S. 161 fg., Fritz Erläuterungen I S. 521—523, Dernburg II S. 422. 423; gegen dieselbe Francke Beiträge I S. 105 fg., Sintenis pfandrechtl. Streitfragen S. 112 fg. Pfandr. S. 272 fg. System I § 80 Note 25, Haimberger Arch. f. civ. Pr. XXI S. 235 fg., Puchta Vorles. I S. 442 (zu § 212), Brinz S. 344.

[5] Das Gesetz Leo's will nur über den Rang bestimmen, welchen die Pfandrechte kraft ihres Zeitverhältnisses in Anspruch nehmen, nicht über den Rang, welcher ihnen abgesehen von allem Zeitverhältniß zukommt. Thibaut civ. Abhandl. S. 125—127, Fritz Erläuterungen I S. 518, Vangerow I § 387 Anm. Nr. 3. A. M. noch in der neueren Zeit Puchta Pand. § 212. b und Vorl. dazu, Brinz S. 344 (2. Aufl. II § 352 Note 16), Dernburg II S. 423. 424.

[6] Abgesehen von den im Vorstehenden erwähnten einzelnen Fragen ist noch Streit über die Grundauffassung des Gesetzes. Die herrschende Meinung sieht in demselben eine positive Bevorzugung des unzweifelhaften Beweises; nach Andern aber soll dasselbe nur eine Anwendung des Satzes enthalten, daß

3. Pfandprivilegien*.

§ 246.

Ein Vorzug des jüngeren Pfandrechts vor dem älteren wird ferner begründet durch die gewissen Pfandrechten ertheilten gesetzlichen Vorzugsrechte. Ein solches Vorzugsrecht hat

1) das Pfandrecht des Fiscus wegen seiner Steuer-[1] und Contractsforderungen, wegen der letzteren jedoch nur in Betreff des vom Schuldner später erworbenen Vermögens[2].

---

die disponirende Privaturkunde zwar ihren Inhalt gegen Dritte beweise, aber nicht ihr Datum, und neu in demselben nur die Vorschrift sein, daß das s. g. instrumentum quasi publicum gleiche Kraft habe wie das publicum. Der neueste Vertheidiger dieser letzteren Ansicht ist Vangerow I § 387 Anm.; gegen dieselbe haben sich erklärt namentlich Löhr Arch. f. civ. Pr. VI S. 150—158, Gesterding Ausbeute II S. 443 fg., Sintenis pfandrechtl. Streitfragen S. 110—112. Pfandr. S. 270—272. System I § 80 Note 23. Die Frage wird schwerlich mit Sicherheit zu erledigen sein. Entscheidet man aber die in Note 3 bezeichnete Streitfrage, wie dort geschehen, so kann die Frage auf sich beruhen bleiben. Denn die praktischen Consequenzen, welche sich aus der von Vangerow vertretenen Ansicht ergeben, sind: 1) daß der Vorrang des öffentlichen Pfandrechts auch durch andere Beweismittel, als öffentliche Urkunden, gebrochen werden kann; 2) daß auch durch andere Beweismittel, als öffentliche Urkunden, ein Vorrang vor dem nur durch eine Privaturkunde bewiesenen Pfandrecht begründet werden kann. Das Erste ist in Note 3 aus andern Gründen angenommen worden; das Zweite wird man annehmen müssen, auch wenn man die Vangerow'sche Grundauffassung des Gesetzes nicht theilt. Denn der Satz, daß Privaturkunden, wenngleich ihren Inhalt (die Disposition), doch nicht ihr Datum (in Betreff dessen sie nur ein Zeugniß enthalten) gegen Dritte beweisen, läßt sich nicht bestreiten. S. Gerau Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 94 fg., Wetzell Civilproc. § 24 Note 8.

* Sintenis § 65. 66. Dernburg II § 152—156. Glück XIX S. 248—315, Vangerow I § 386.

[1] L. 1 C. si propter publ. pens. 4. 46. Dieses Privilegium wird bezweifelt von Wächter Arch. f. civ. Pr. XIV S. 384 fg., welcher in der angeführten Stelle nur einen Vorzug der Zeit anerkannt findet; ebenso Schlayer Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 78 fg. Dagegen Sintenis Pfandr. S. 629, Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 1 z. A. Vgl. noch Seuff. Arch. III. 13. § 246.

[2] L. 28 D. de I. F. 49. 14. L. 2 C. de priv. fisci 7. 73 spricht nicht von dem später erworbenen Vermögen, und was l. 21 pr. D. h. t. angeht, so hatte der Fiscus zu der Zeit, wo diese Stelle geschrieben wurde, wegen seiner Contractsforderungen noch nicht einmal ein gesetzliches Pfandrecht, viel weniger ein Pfandprivilegium. Die verschiedenen Ansichten über die l. 28 cit.

2) das Pfandrecht der Ehefrau wegen der Dos[3]. Dieses Vorzugsrecht erstreckt sich auf die Descendenten der Frau (aus der betreffenden Ehe), nicht aber auf die übrigen Personen, an welche die Dotalforderung fallen kann[4]. Wegen der späteren Vermehrung der Dos findet es nur statt, wenn diese Vermehrung in Grundstücken besteht[5], die Frau müßte denn bewegliche Sachen deßwegen hingegeben haben, weil sie keine Grundstücke hatte.

3. Ein Vorzugsrecht hat ferner das Pfandrecht, welches Jemandem an einer Sache wegen einer Aufwendung zusteht, welche er für die Verschaffung, Erhaltung, Wiederherstellung oder Verbesserung der Sache gemacht hat[6]. —

---

sind zusammengestellt bei Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 1, und in der Abhandlung von Schlayer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX S. 186 fg. Letzterer versteht das „contrahere" der l. 28 cit. von einem Kaufe auf Grund eines dem Fiscus zustehenden Executionspfandrechts, welches bis zur Zahlung des Kaufpreises fortdauere. Ich glaube nicht, daß diese Erklärung sich mehr Freunde erwerben wird, als die früheren Versuche, welche zur Beseitigung der Besonderheit in der Entscheidung der l. 28 cit. gemacht worden sind. Vgl. auch Regelsberger § 28 und Dernburg II § 153 (welcher unter Benützung von l. 18 § 10 D. de I. F. 49. 14 das Privilegium des Fiscus auf das Privilegium wegen versio in rem zurückführt). Aus der Praxis: Seuff. Arch. I. 411, II. 263, XI. 20. 21.

[3] § 29 I. de act. 4. 6, l. 12 C. h. t. Vgl. Seuff. Arch. XI. 22.

[4] L. 12 § 1 C. h. t., Nov. 91 c. 1. Die Descendenten haben dieses Vorzugsrecht nicht bloß dann, wie man behauptet hat, wenn sie mit einer zweiten Ehefrau concurriren. S. Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 2 und die dort Citirten, Dernburg II S. 446—448, Czyhlarz Dotalr. S. 426, Seuff. Arch. I. 412, II. 267, XIV. 277. Gläubiger der Frau? Entscheid. des OAG. zu Rostock IX S. 170 fg.

[5] Nov. 97 c. 2. Seuff. Arch. XIX. 103. Entscheid. des OAG. zu Rostock IX S. 167 fg. Anders Seuff. Arch. XII. 165.

[6] S. g. Privilegium wegen versio in rem. L. 5. 6. 7 pr. D. h. t., l. 3 § 1 eod., l. 7 C. h. t., Nov. 97 c. 3. Fritz Erläuterungen I S. 509—514, Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 3. Im Einzelnen bemerke man: 1) das Vorzugsrecht beschränkt sich nicht auf den Fall eines gegebenen Geld-darlehns, sondern es findet bei jeder Aufwendung statt, so namentlich auch, wenn eine Sache verkauft und das Kaufgeld creditirt wird. Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 3, Dernburg II S. 430—431, Seuff. Arch. V. 259, VI. 162. 2. Daß das Vorzugsrecht auch stattfinde, wenn eine Aufwendung zu Verbesserung der Pfandsache gemacht worden ist, ist nicht allgemein anerkannt (s. Sintenis Pfandr. S. 625 Note 2). Aber es folgt sowohl aus

Was das Verhältniß der mehreren Vorzugsrechte zu einander angeht, so nimmt die erste Stelle das des Fiscus wegen seiner Steuerforderungen ein[7], die zweite das Vorzugsrecht der Dos[8], die dritte das Vorzugsrecht wegen Verwendung und das Vorzugsrecht des Fiscus wegen seiner Contractsforderungen, so daß diese beiden letzteren Vorzugsrechte gleiche Kraft haben[9]. Zwischen

---

den in l. 5 pr. D. h. t. und Nov. 97 c. 3 angeführten Beispielen der Ausrüstung eines Schiffes und der Erbauung eines Hauses, als aus dem Gedanken, auf welchem das ganze Vorzugsrecht beruht; denn dieser ist kein anderer, als daß derjenige vorgehen soll, dessen Geld in der Sache steckt. Vgl. auch Dernburg II S. 433. 3. Eben deßwegen muß man aber auch das Vorzugsrecht wegfallen lassen, wenn das durch die Aufwendung Erzielte jetzt nicht mehr vorhanden ist, z. B. das mit dem Gelde des Gläubigers erbaute oder wiederhergestellte Haus später abgebrannt ist. A. M. Wächter Arch. f. civ. Pr. XIV S. 371. 4. Das Pfandrecht muß sofort mit der Aufwendung entstanden sein, ob aber durch Vertrag oder durch Gesetz ist gleichgültig. Dernburg II S. 434.

[7] So die herrschende Meinung auf Grund von l. 1 C. si propt. publ. pens. 4. 46: — „potior enim est causa tributorum, quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt". Andere setzen dieses Privilegium des Fiscus dem Dotalprivilegium, oder auch dem Privilegium wegen Verwendung, nach (vgl. Fritz Erläuterungen I S. 516 in und zu Note 252, Sintenis Pfandrecht S. 646). S. dagegen Fritz a. a. O. S. 516. 517, Vangerow a. a. O. Anm. 2, Dernburg II S. 452—453.

[8] Andere setzen es an die erste Stelle (s. die vorige Note), oder erst an die dritte, hinter das Vorzugsrecht wegen Verwendung. Die hier vertretene Meinung stützt sich auf Nov. 97 c. 3, in welcher Justinian allerdings von dem Falle, wo eine jüngere Verwendungsforderung mit einer älteren Dotalforderung zusammentrifft, ausgeht, aber seine Entscheidung ganz allgemein dahin trifft, daß das Dotalprivilegium dem Privilegium wegen Verwendung vorgehe. S. namentlich auch c. 4 eod. (In der letzten Stelle nimmt Justinian nur Einen Fall aus, wenn nämlich Geld zum Ankauf eines käuflichen Amtes [militia] gegeben worden sei. Es muß dahin gestellt bleiben, inwiefern der Fall dieser Ausnahme heutzutage in Deutschland noch vorkommen kann, vgl. III § 581 Note 5. § 610 Note 15.) Vgl. Vangerow a. a. O. Anm. 2 und die daselbst Citirten, Dernburg II S. 453—455, Czyhlarz Dotalrecht S. 428. Die beiden Letzteren S. 449. 456 unt. lassen das Vorzugsrecht der Dos auch gegenüber Contractsforderungen des Fiscus ausfallen, auf Grund von l. 2 C. de priv. fisc. 7. 73, welche nicht aus dem Rechte ihrer Zeit erklärt werden dürfe. Seuff. Arch. I. 411, II. 264. 265. XII. 165.

[9] Es liegt in den Quellen nichts vor, weßwegen das eine dem andern vorgezogen werden müßte. Die Meinungen gehen freilich auch hier sehr aus-

mehreren Vorzugsrechten derselben Art entscheiden Alter und Oeffentlichkeit; mit Ausnahme jedoch der Vorzugsrechte wegen Verwendung, deren Rang unter sich durch das Verhältniß bestimmt wird, nach welchem jeder einzelne Gläubiger zur Verschaffung und zu dem jetzigen Bestand der Sache beigetragen hat[10].

Die Kraft der Pfandprivilegien erstreckt sich nicht so weit, daß sie auch solchen Pfandrechten vorgingen, welche von einem früheren Eigenthümer der Pfandsache herrühren[11]. Davon gilt

einander. Fritz Erläuterungen I S. 515, Sintenis Pfandr. S. 647. 648, Dernburg II S. 456. 457, vgl. Pfeiffer prakt. Ausf. VIII S. 21. 22. Die l. 3 C. de primipilo 12. 62 [63] zieht das Pfandrecht des Fiscus am Vermögen des Primipilus nicht dem privilegirten Dotalpfandrecht vor, sondern dem unprivilegirten (und nicht gesetzlichen), wie es damals (zur Zeit der Kaiser Diocletian und Maximian) allein bestand. Uebrigens ist es auch höchst zweifelhaft, ob dem römischen Primipilus irgend einer der heutigen Militärbeamten gleichgestellt werden darf. Vgl. Pfeiffer prakt. Ausführ. VIII S. 9—11. 25—26, Dernburg II S. 442—443.

[10] L. 7 pr. D. h. t. Die von Manchen (z. B. Sintenis Pfandrecht S. 645, Seuffert Pand. § 217) aufgestellte Regel, daß hier das jüngere Pfandrecht dem älteren vorgehe, ist principiell unrichtig, obgleich es sich im einzelnen Falle so herausstellen kann. Man vergleiche folgende Beispiele. 1) A leiht zum Wiederaufbau eines abgebrannten Hauses 5000; dasselbe brennt neuerdings ab, und nun leiht B zum Wiederaufbau 5000. Das Haus wird für 5000 verkauft. 2) A leiht 6000 zum Ankauf eines Hauses; nachdem dasselbe abgebrannt ist, leiht B 5000 zum Wiederaufbau. Das Haus wird für 5000 verkauft. Im ersten Falle bekommt allerdings B Alles, im zweiten Fall aber theilt er mit A nach dem Verhältniß des Werthes der Grundfläche zu dem Werthe des Gebäudes. — Dernburg II S. 456 will die Regel so gestellt wissen: allerdings gehe das jüngere Pfandrecht dem älteren vor, „jedoch nur hinsichtlich der Werthvermehrung, welche dem älteren Hypothekar durch die spätere Hypothek zufloß".

[11] Für den Vorzug der von einem früheren Eigenthümer herrührenden Pfandrechte erklärte sich früher die herrschende Meinung (man schrieb den Pfandgläubigern, welche ihr Recht von einem früheren Eigenthümer herleiteten, ein Separationsrecht zu, s. g. Pfandseparatisten). Diese Meinung wurde erschüttert und aus der Theorie fast beseitigt durch den Angriff von Thibaut civil. Abhandlungen S. 313. 314 (1814). In gleicher Weise wie Thibaut sprach sich Spangenberg aus, Arch. f. civ. Pr. X S. 404 fg. (1827). XIV S. 155 fg. (1831) und in Hagemann's prakt. Erörter. VIII Abthl. 2 Nr. 1 (1829); gegen Thibaut Hepp Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IV S. 37 fg. (1831), welchem Thibaut antwortete Arch. f. civ. Pr. XIV S. 235 fg. (1831). Erfolgreich wurde die frühere Meinung wieder in Schutz genommen durch Wächter Arch. f. civ. Pr. XIV S. 340 fg. (1831); demselben folgen mehr oder

eine Ausnahme nur für das Privilegium desjenigen, welcher eine Aufopferung zur Erhaltung, Wiederherstellung oder Verbesserung der Pfandsache gemacht hat[12].

minder vollständig Sintenis Pfandr. S. 636 fg. und System I S. 660, Arndts § 385 Anm. 4, Brinz S. 345 (2. Aufl. II § 352 Note 19); dawider Seuffert § 215, Vangerow I § 385 Anm., zweifelnd Fritz Erläuterungen I S. 526, Puchta § 211 a. E. Wächter hat auf jeden Fall das Verdienst, den richtigen Gesichtspunkt zur Lösung der Frage festgestellt zu haben. Es handelt sich hier um die Tragweite von Privilegien, d. h. von Ausnahmebestimmungen. Möglich ist es, daß dieselben einen Vorzug auch vor den Gläubigern des früheren Eigenthümers haben begründen wollen, möglich ist aber auch das Gegentheil. Und man wird nicht bestreiten dürfen, daß das Nächstliegende nicht das Erste ist, sondern das Letzte. In der That haben denn auch die einzelnen hierher gehörigen gesetzlichen Bestimmungen nur den Fall im Auge, wo Gläubiger desselben Schuldners mit einander concurriren. Eine Ausdehnung derselben über ihren unmittelbaren Inhalt bedürfte besonderer Rechtfertigung, und diese Rechtfertigung läßt sich m. E. nicht erbringen. So jetzt auch, jedenfalls im Resultat, Dernburg II § 156. Für die hier vertheidigte Meinung sind auch die Urtheile bei Seuff. Arch. VIII. 114, XXI. 108. Ueber eine sich von selbst verstehende Ausnahme s. den Text und die folgende Note. — Als von dem früheren Eigenthümer herrührend dürfen nur nicht auch die s. g. reservirten Pfandrechte angesehen werden. S. § 230 Note 11 und Vangerow I § 385. Dawider Seuff. Arch. XVI. 199, XXI. 108 a. E., XXXV. 186 (RG., Entscheid. III S. 174). Ebenso Dernburg Pand. I § 288 Note 13.

[12] Dieses Privilegium berechtigt den Gläubiger, aus der Sache dasjenige herauszunehmen, durch dessen Aufwendung bewirkt worden ist, daß die Pfandsache entweder überhaupt vorhanden ist, oder doch in demjenigen Werthe, welchen sie gegenwärtig hat. Das geht alle Pfandgläubiger an, nicht bloß die Pfandgläubiger, welche ihr Pfandrecht von dem gegenwärtigen Eigenthümer ableiten. Anders verhält es sich mit dem Privilegium dessen, der eine Aufopferung gemacht hat, um die Pfandsache dem gegenwärtigen Eigenthümer zu verschaffen; seine Aufopferung hat eben auch nur die von Diesem herrührenden Pfandrechte möglich gemacht, nicht die von dem früheren Eigenthümer herrührenden, und diese gehen daher seinem Pfandrechte vor. Dieß geben auch diejenigen zu, welche sonst für die Pfandprivilegien einen absoluten Vorzug in Anspruch nehmen (vgl. Vangerow a. a. O. [§ 385]), wie umgekehrt Wächter der hier vertretenen Ausnahme von dem von ihm aufgestellten Satze nicht entgegen ist (die Differenz ist nur die, daß er das Privilegium wegen Verwendung auch da stattfinden läßt, wo das durch die Verwendung Erzielte später wieder weggefallen ist, s. a. a. O. S. 371. 372). S. jetzt auch Dernburg II S. 460, welcher übrigens richtig bemerkt, daß möglicherweise die Aufopferung, welche gemacht wird, um die Pfandsache dem jetzigen Eigenthümer zu verschaffen, doch auch den von dem Rechtsurheber des-

C. Uebergang des Ranges.

§ 247.

Der einem Pfandrechte zustehende Rang kann ohne das Pfandrecht, welchem er zusteht, nicht erworben werden: er bildet eine von dem Pfandrechte unzertrennliche Qualität desselben[1]. Das römische Recht hat aber das Eintreten in eine gewisse Pfandstelle dadurch erleichtert, daß es den Erwerb bestehender Pfandrechte auch in solchen Fällen anerkannt hat, wo er der Regel nach nicht zulässig gewesen wäre: von diesen Fällen ist in den §§ 233a und 233b gehandelt worden. — Nicht hierher gehört der Fall, in welchem einem nachstehenden Pfandrechte der Rang eines vorgehenden rechtskräftig zugesprochen wird. Ein solches Urtheil bewirkt nicht, daß das nachstehende Pfandrecht den Rang des vorgehenden habe, sondern gibt nur dem Proceßsieger das Recht, von dem Besiegten zu verlangen, daß dieser ihn als den vorgehenden Pfandgläubiger anerkenne; Dritte werden davon nicht berührt[2].

---

selben herrührenden Pfandrechten zu Gute kommen kann, und daß in diesem Falle das Pfandrecht der Aufopferung diesen letzteren Pfandrechten allerdings vorgeht.

§ 247. [1] Verzicht auf den einem Pfandrechte zukommenden Rang zu Gunsten eines andern Pfandgläubigers ist entweder ein rein obligatorisches Geschäft mit diesem Pfandgläubiger, oder Verzicht auf das Pfandrecht selbst gegen gleichzeitige Bestellung eines neuen. Von der letzteren Auffassung geht l. 12 § 4 D. qui pot. 20. 4, l. 12 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6, von der ersteren l. 21 C. ad SC. Vell. 4. 29 aus. Doch sind die Ansichten hier verschieden. Vgl. Dernburg II § 158, Schlayer Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 232 fg. Entscheid. d. RG. XII S. 203. Modernes Hypothekenrecht: Regelsberger Studien im bayer. Hypothekenrechte S. 45 fg., Exner Grünhut's Zeitschr. VII S. 293 fg., Krasnopolski das. VIII S. 458 fg. 765 fg., Kohler Zeitschr. f. vgl. RW. IV S. 45 fg., und die an diesen Orten besprochenen Schriften.

[2] Wenn also ein dritter Pfandgläubiger dem ersten gegenüber den Sieg davon getragen hat, so muß der erste den dritten als ersten anerkennen; aber deßwegen kann nicht der dritte den Vorzug auch vor dem zweiten in Anspruch nehmen mit Berufung darauf, daß dieser dem von ihm Besiegten nachstehe. Dieß sagt die vielbesprochene l. 16 D. qui pot. 20. 4. Dadurch entsteht nun allerdings ein s. g. circulus inextricabilis: der Dritte hat dem Ersten den Besitz abgestritten; dem Dritten nimmt den Besitz der Zweite; dem Zweiten der Erste; diesem wieder der Dritte u. s. f. Aber dieser circulus kann da-

VII. Beendigung des Pfandrechts*.

A. Beendigungsgründe, welche das Pfandrecht mit anderen Rechten gemein hat.

§ 248.

Unter den Beendigungsgründen, welche das Pfandrecht mit anderen Rechten gemein hat, sind hier folgende hervorzuheben[1].

---

durch abgeschnitten werden, daß der Dritte den Zweiten abfindet, oder sich mit ihm oder dem Ersten verständigt. „Der Staat hatte . . keinen genügenden Anlaß, die Schwierigkeiten aus den Consequenzen der Rechtssätze . . mit einem Machtspruche zu durchhauen". Krüger processualische Consumtion S. 199. Andere (so namentlich Vangerow I § 377 Anm. 2) nehmen für den Fall, wo der Dritte als Kläger gesiegt hat, eine wirkliche Succession an, so daß der Dritte auch dem Zweiten gegenüber im Besitzesstreite siege, während im Falle, wo der Dritte als Beklagter gesiegt habe (von welchem Falle die l. 16 cit. allein rede), der Dritte auch dem Ersten gegenüber nicht durchdringe. Eine noch andere Meinung (Pfeiffer Arch. f. civ. Pr. XXXVIII S. 350—358) geht dahin, daß der Dritte auch im Falle, wo er als Kläger gesiegt habe, kein Recht habe, den wieder verlorenen Besitz von dem Ersten zurückzuverlangen (vgl. § 131 Note 1). Aber die eine und die andere Meinung beruht auf einer Verkennung der richtigen Grundsätze von der exc. rei iudicatae. S. auch Brinz 1. Aufl. S. 349, Arndts § 387 Anm., Bachofen S. 317 fg., Dernburg II S. 463. 465, Krüger a. a. O. S. 195 fg. Kommt es zur Vertheilung der Kaufsumme, so ist man zwar sonst darüber einig, daß zuerst der Dritte an Stelle des Ersten für den Betrag von dessen Forderung befriedigt wird, dann der Zweite, dann der Dritte für seine Restforderung, endlich der Erste: es hat aber Dernburg II S. 469 die Behauptung aufgestellt, daß der Concursrichter unter Hintansetzung der beiden widersprechenden Urtheile von Neuem auf Grund des materiellen Rechts zu erkennen habe. Dernburg's Grund ist: weil der Concursrichter Ordnung unter allen Parteien zu schaffen habe; die Beweiskraft dieses Grundes leuchtet nicht ein. Gegen Dernburg auch Voß Jahrb. f. Dogm. XVI S. 177 fg., welcher zugleich die bezeichnete Art der Vertheilung (unter Zuhülfenahme der Idee eines Gemeinschaftsverhältnisses und der actio communi dividundo) näher ausführt, und des Ferneren (S. 200) den circulus inextricabilis beseitigen zu können glaubt. Ich glaube nicht, daß ihm dieses Letztere gelungen ist. — Gibt es noch andere Fälle relativer Priorität? Dernburg II S. 470—474.

* Dig. 20. 6 quibus modis pignus vel hypotheca solvitur. Cod. 8. 30 [31] de luitione pignoris. — Sintenis § 69. 70, Dernburg II § 167—175. Glück XIX S. 410—447. Vgl. Goldschmidt Handelsr. I S. 949 fg.

[1] S. außerdem l. 6 pr. D. h. t. und § 165. Dernburg II § 174. § 248.

1. Erlaß durch den Pfandgläubiger. Derselbe kann sowohl von Todes wegen, wie unter Lebenden erklärt werden; im letzten Fall bedarf er, um bindend zu sein, der Acceptation von der Gegenseite[2]. Derselbe kann ferner nicht bloß ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erklärt werden, so z. B.[3] durch Rückgabe der Pfandsache oder der Pfandurkunde[4], durch Ertheilung der Erlaubniß zur weiteren Verpfändung[5] oder zur Veräußerung[6] der Pfandsache.

[2] Die Quellen sprechen nur von einem Erlaßvertrag (l. 9 § 3 D. de pign. act. 13. 7, l. 8 § 1—5 D. h. t., l. 2 C. de rem. pign. 8. 25 [26]), und in l. 7 § 2 l. 8 § 2 D. h. t. wird die Frage aufgeworfen, ob der einem procurator des Schuldners gewährte Erlaß dem Letzteren zu Gute komme. Fritz Arch. f. civ. Pr. VIII S. 392 und Erläuterungen I S. 543—545, Sintenis Pfandr. S. 671, Vangerow I § 127 Anm. (dieser Letztere mit Berufung darauf, daß das Pfandrecht eine obligatio rei sei). Seuff. Arch. XXX. 228. A. M. Bacher Jahrb. f. Dogm. V S. 237—243, Bremer (§ 227 Note 7) S. 145 fg. Zur Acceptation des Verzichts hält Dernburg II S. 546 außer dem Eigenthümer auch den Verpfänder (wenn das Eigenthum später in andere Hände übergegangen ist) für befugt; dagegen gewiß mit Recht Bremer a. a. O.

[3] Vgl. noch l. 5 § 2 l. 6 § 2 l. 14 D. h. t. Vermehren Arch. f. civ. Pr. XIII S. 42—47, Dernburg II S. 548 fg.

[4] L. 9. 7 C. de rem. pign. 8. 25 [26], l. 3 D. de pign. act. 13. 7. Die Rückgabe der Pfandsache und der Pfandurkunde hat aber natürlich nicht nothwendig diesen Sinn. Vgl. Seuff. Arch. V. 307.

[5] Denn an und für sich ist ja die Erlaubniß des Eigenthümers zur weiteren Verpfändung nicht erforderlich. Doch kann in der Erlaubniß zur weiteren Verpfändung möglicherweise nur der Ausdruck des Willens liegen, daß der Eigenthümer ein durch das Pfandrecht des Einwilligenden nicht beeinträchtigtes Pfandrecht an der Sache solle verleihen dürfen, so daß der Einwilligende sein Pfandrecht nicht sowohl verliert, als mit demselben nur hinter das neu bestellte zurücktritt. L. 9 § 1 l. 11 l. 12 pr. D. h. t., l. 12 § 4 D. qui pot. 20. 4. Vgl. Glück XIX S. 421 fg., Vermehren Arch. f. civ. Pr. XIII S. 33—36, Sintenis Pfandr. S. 673, Vangerow I § 392 Anm. Nr. 2. Seuff. Arch. IX. 13, XVI. 17, XXI. 218.

[6] Der Grund für die Annahme des Erlaßwillens ist in diesem Falle der gleiche, wie in dem zuvor erwähnten. Dieser Fall hat in den Quellen eine reiche casuistische Entwickelung gefunden. L. 4 § 1. 2 l. 7 pr. § 1 l. 8 § 6—18, l. 10 pr. D. h. t, l. 158 D. de R. I. 50. 17, l. 2. 11 C. de rem pign. 8. 25 [26]. Glück XIX S. 421 fg., Vermehren a. a. O. S. 29—33, Bachofen S. 572—578, Platner Arch. f. civ. Pr. XXXII S. 119—122, Brinz S. 356 (2. Aufl. II § 353 Note 17), Ihering Jahrb. f. Dogm. II S. 129—130, Dernburg II S. 552—553. 554 fg. Seuff. Arch. XVI. 17.

2. Untergang der Pfandsache[7]. Ist der Untergang kein vollständiger, so dauert das Pfandrecht an Demjenigen fort, was von der Pfandsache übrig bleibt[8]. Dahin gehört auch, daß das Pfandrecht die Ersatzforderung ergreift, welche dem Eigenthümer durch den Untergang der Pfandsache erwächst[9]. Wird der Gegenstand zu einer Sache anderer Art verarbeitet, so ist zu unterscheiden, ob die neue Sache auf die frühere Gestalt zurückgebracht werden kann oder nicht; im ersten Fall dauert das Pfandrecht fort, im zweiten geht es unter[10]. — Ist der Pfandgegenstand ein Recht

---

Stillschweigen zur Veräußerung: l. 8 § 15 D. h. t.; l. 1. 6. 8 C. de rem. pign. 8. 25 [26]. Dernburg II S. 550—552. Seuff. Arch. XVIII. 215.

[7] L. 8 pr. D. h. t. „Sicut re corporali exstincta, ita et usufructu exstincto pignus hypothecave perit".

[8] So dauert das am Gebäude stattfindende Pfandrecht, wenn das Gebäude abbrennt, am Bauplatz fort. L. 21 D. de pign. act. 13. 7, l. 29 § 2 l. 35 D. de pign. 20. 1.

[9] Denn das Pfandrecht ist gerichtet auf Aneignung des Werthes des Pfandgegenstandes; so muß auch dem Pfandrecht unterworfen bleiben, was von dem Werthe des Pfandgegenstandes übrig bleibt. Einen directen Beweis für den aufgestellten Satz gewährt l. 17 § 1 D. de R. V. 6. 1, nach welcher Stelle der mit der Eigenthumsklage Belangte auch den durch die Beschädigung der besessenen Sache ihm erworbenen Entschädigungsanspruch herausgeben muß; gilt dieß für die rei vindicatio, so gilt es nicht minder für die actio hypothecaria (§ 235). Hiernach halte ich es für unzweifelhaft, daß das Pfandrecht sich auch auf die für die untergegangene Sache zu zahlende Versicherungssumme (die Forderung auf die Versicherungssumme) erstreckt. Lippmann Jahrb. f. Dogm. VII S. 29. A. M. Madai Arch. f. civ. Pr. XXVI S. 201—212, Dernburg II S. 565 fg., Stobbe II § 112 Note 33, Scherer Jahrb. f. Dogm. XX S. 80 fg.; vgl. auch Mommsen Erörterungen I S. 116—123, Kuntze zu Holzschuher II § 125 Nr. 17. A. M. auch, obgleich er von dem speciellen zuvor genannten Fall nicht spricht, im Princip Exner Kritik des Pfandbegriffs S. 38 fg. Sein einziges Argument ist der Untergang des Pfandrechts durch Specification (Note 10); aber in diesem Fall enthält die die neue Werthform schaffende Thatsache zugleich einen Titel für den Erwerb freien Eigenthums. A. M. auch das Reichsgericht Entscheidung. XII S. 169 und bei Seuff. Arch. XI. 185, wogegen es dem Pfandgläubiger einen Anspruch gegen die Versicherungsgesellschaft dann zugesteht, wenn die Versicherungsbedingungen eine Bestimmung zu Gunsten der Pfandgläubiger enthalten hat, Entscheidungen VIII S. 169. Vgl. noch Preuß. Gesetz 17/5 84.

[10] L. 18 § 3 D. de pign. act. 13. 7. Dernburg II S. 560 fg. Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 331 nimmt Untergang des Pfandrechts auch für den Fall an, wo die neue Sache auf die frühere Gestalt zurückgebracht werden kann, s. dagegen § 187 Note 2. Umgekehrt läßt Bremer

an einer fremden Sache, so geht das Pfandrecht nicht dadurch unter, daß dieses Recht an den Eigenthümer zurückübertragen wird oder durch Erbgang an den Eigenthümer zurückfällt, oder daß der Inhaber des Rechts das Eigenthum erwirbt[11]. In gleicher Weise erlischt das Pfandrecht an einer Forderung nicht dadurch, daß der Gläubiger den Schuldner beerbt oder umgekehrt dieser jenen[12]. Wird das verpfändete Forderungsrecht befriedigt, so ergreift das Pfandrecht den geleisteten Gegenstand[13].

(§ 227 Note 7) S. 166 bei Specification durch den Eigenthümer das Pfandrecht auch in dem Falle fortdauern, wo die neue Sache auf die frühere Gestalt nicht zurückgebracht werden kann (genauer: er läßt an die Stelle des untergegangenen Pfandrechts ein neues treten). Aber der Eigenthümer bekommt ja das Eigenthum an der neuen Sache nicht auf Grund seines Eigenthums an der alten, sondern auf Grund seiner Arbeit. — Daß die bloße Umgestaltung einer unbeweglichen Sache das Pfandrecht nicht aufhebe, sagt ausdrücklich l. 16 § 2 D. de pign. 20. 1 (s. über diese Stelle Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. V S. 104).

[11] Genauer: das verpfändete Recht, während es sonst untergeht, dauert für das Pfandrecht fort. S. das § 205 Note 4 a. E. Gesagte und vgl. § 219 Note 8. Die in Note 7 citirte Stelle sieht auf den nächstliegenden Fall, wo der Nießbrauch durch den Tod des Berechtigten untergeht. Bremer (§ 227 Note 7) S. 152 fg. 167 fg. 185 nimmt an, daß sich das Pfandrecht in diesem Falle in ein neues Pfandrecht verwandele, dessen Inhalt die Befugniß zur Begründung eines mit dem untergegangenen Rechte übereinstimmenden Rechts bilde (§ 227 a. E.); Exner (§ 227 Note 7) S. 68 fg. 79. 90 fg. sieht die Hülfe in dem von ihm gelehrten Satz, daß das Pfandrecht in dem bezeichneten Fall von vorn herein die Sache, nicht das Recht ergreife; derselbe Gedanke bei Hartmann Rechte an eigener Sache S. 27. 28. Hiergegen bemerke ich: es liegt kein Widerspruch darin, daß ein Recht in einer gewissen Beziehung fortdauere, während es im Uebrigen untergeht, und dieser Satz ist mehr als eine Phrase. Denn die Rechte bestehen nur durch die Anerkennung der Rechtsordnung, und wie weit die Rechtsordnung eine ertheilte Anerkennung zurücknehmen will, ist ihre Sache. Vgl. § 65. Daß aber gerade im Fall der Confusion der Untergang des Rechts durch eine demselben aufgedrückte rechtliche Bestimmtheit aufgehalten werde oder doch aufgehalten werden könne, dafür beweist l. 3 § 2 D. de usufr. accr. 7. 2 (§ 205 Note 4), eine Stelle, welche von Bremer und Exner gar nicht beachtet ist.

[12] Genauer: der Pfandgläubiger hat die Macht, von dem früheren Schuldner, (bez. seinem Erben) eine Leistung, wie sie kraft der verpfändeten Obligation gefordert werden konnte, kraft seines Pfandrechts einzutreiben; für das Pfandrecht dauert die Obligation fort. „Remanet propter pignus naturalis obligatio" könnte man auch hier sagen, freilich in einem ganz anderen Sinn, als in welchem l. 61 [59] pr. D. ad SC. Treb. 36. 1 diesen Aus-

3. Verjährung[14]. Das Pfandrecht geht nicht unter durch bloßen Nichtgebrauch[15], und ebensowenig geht es unter durch die Ersitzung des Eigenthums der verpfändeten Sache[16]; sondern es geht nur unter durch eine gegen das Pfandrecht gerichtete Ersitzung der Freiheit[17]. Dieselbe hat die gleichen Erfordernisse, wie die Eigenthumsersitzung[18]; nur muß zu dem guten Glauben in Betreff

---

spruch wirklich thut. Dernburg I S. 474. II S. 559 Note 2. Bremer a. a. O. S. 156. 168 läßt es dahin gestellt, ob der Pfandgläubiger in diesem Fall Ersatz durch „ein eventuelles Forderungsrecht direct gegen den früheren Schuldner" erhalte. Exner a. a. O. S. 144 fg. nimmt fortdauernde Verhaftung des ehemaligen Schuldners (bez. des Erben) auf Grund der quasisolutorischen Kraft der Confusion (II § 352 Note 4) und der den Pfandcontract beherrschenden bona fides an. Hellwig Verpfändung und Pfändung von Forderungen S. 133 findet die Rechtfertigung für die Fortdauer des Pfandrechts in der von ihm vertretenen Auffassung des Forderungspfandgläubigers als Gläubigers in der Pfandforderung. S. darüber § 239 Note 10; aber auf Mansbach Nießbrauch an Forderungen S. 41 Note 24 hätte sich Hellwig gegen l. 3 § 2 de usufr. accr. nicht berufen sollen.

[13] S. § 239 Note 12.

[14] Unterholzner Verjährungslehre § 249. Schmitthenner Arch. f. prakt. RW. I S. 92 fg. (1852). Dernburg II § 175.

[15] Durch Nichtgebrauch geht nur der Pfandanspruch unter (§ 235 Note 27). Die Meinung Büchel's (civilr. Erörterungen I. 2 S. 97. 141. 145 fg.), daß mit der Verjährung der actio hypothecaria gegen den Verpfänder auch das Pfandrecht selbst erloschen sei, ist eine Consequenz seiner Auffassung des Pfandrechts als eines Forderungsrechts (§ 224 Note 8). Vgl. auch Unterholzner a. a. O. S. 267 und Schirmer das. Note ***.

[16] L. 44 § 5 D. de usurp. 41. 3, l. 1 § 2 D. de pign. 20. 1, l. 2 pr. D. pro her. 41. 5, l. 7 C. de pign. 8. 13 [14].

[17] Von derselben handeln l. 5 § 1 l. 12 D. de div. temp. praescr. 44. 3, l. 7. 14 C. de O. et A. 4. 10, l. 1. 2 C. si adv. cred. 7. 36, l. 8 pr. § 1 C. de praescr. XXX 7. 39. Die Meinung, daß es eine besondere Ersitzung der Pfandfreiheit gebe, ist besonders von Schmitthenner a. a. O. vertheidigt worden. Abweichende Meinungen: 1) es gebe nur eine Verjährung der actio hypothecaria, mit oder ohne Einwirkung auf das Recht; 2) das Pfandrecht gehe nach neuestem Rechte durch Ersitzung des Eigenthums unter. Vgl. Schirmer a. a. O. Note ***, Schmitthenner S. 93—94. Seuff. Arch. XXVI. 113. — Die Meinung, daß es nur eine Verjährung der Pfandklage gebe, ist neuerdings wieder vertheidigt worden von Schmid die Grundlehren der Cession I S. 105—106 Note 95 (1863), ferner von Dernburg II S. 596 fg., welchem folgt Wächter das Superficiar- oder Platzrecht S. 112 fg. Diese Schriftsteller verkennen aber, wie mir scheint, den Einfluß der l. 8 C. cit. Nach derselben ist, wie sich durch einen nicht abzuweisenden Schluß

der Sache guter Glaube in Betreff des Pfandrechts, d. h. Nichtkennen desselben, hinzukommen[19], und der Besitz muß bei der ordentlichen Ersitzung[20] ohne Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen zehn Jahre unter Anwesenden, zwanzig unter Abwesenden gedauert haben[21]; außerdem ist diese Ersitzung dem Schuldner (Verpfänder) selbst und seinen Erben verschlossen[22]. Die Wirkung dieser Ersitzung ist directer Untergang des Pfandrechts, nicht bloß Begründung einer Einrede gegen den Pfandanspruch[23].[24]

---

a contrario aus § 1 ergibt, wenn die Pfandsache 10 oder 20 bez. 30 oder 40 Jahre in gutem Glauben besessen worden ist, die Pfandklage auch gegen den dritten Besitzer ausgeschlossen, welcher nicht Rechtsnachfolger des Besitzers in gutem Glauben ist. Zur Erklärung dieses Satzes reichen die Grundsätze von der Klagenverjährung nicht mehr aus. Gegen Dernburg auch Arndts § 390 Anm. 2, dessen Widerlegung ich aber nicht für zutreffend halte.

[18] Sie wird in den Quellen bezeichnet als longi temporis praescriptio. Daß wirklicher Eigenthumserwerb der Ersitzung der Pfandfreiheit nicht hinderlich ist, versteht sich von selbst. Ist der Besitzer nicht Eigenthümer, so kann möglicherweise die Ersitzung der Pfandfreiheit vollendet werden vor Ersitzung des Eigenthums oder umgekehrt (verschiedener Beginn der einen oder der anderen Ersitzung; verschiedener Wohnort des Eigenthümers und des Pfandgläubigers; der Gegenstand des Pfandrechts eine bewegliche Sache; der Pfandgläubiger eine in Betreff der Verjährung privilegirte Person).

[19] Dieß folgt aus der Richtung der Ersitzung.

[20] Von der außerordentlichen Ersitzung handelt l. 8 § 1 C. de praescr. XXX 7. 39.

[21] Die longi temporis praescriptio macht keinen Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen.

[22] L. 1. 2 C. si adv. cred. 7. 36. Vgl. übrigens l. 5 § 1 D. de div. temp. praescr. 44. 3.

[23] S. Note 17. Uebrigens führt die Meinung, welche bloß Begründung einer Einrede annimmt, zu keinem praktisch verschiedenen Resultat. Denn zwischen dem Pfandgläubiger und demjenigen, welcher die Verjährung vollendet hat bez. ihren Rechtsnachfolgern leistet die Einrede das Gleiche, was durch Berufung auf den Untergang des Pfandrechts erreicht werden könnte. Dem dritten Besitzer, welcher nicht Rechtsnachfolger des Vollenders der Verjährung ist, steht allerdings die Einrede nicht zur Seite; aber wenn diesem auf Grund des fortbestehenden Pfandrechts die Sache vom Pfandgläubiger genommen wird, so tritt gegen den Pfandgläubiger der Vollender der Verjährung mit der rei vindicatio oder Publiciana auf, und schlägt dessen Einrede des Pfandrechts mit der Gegeneinrede der Verjährung.

[24] Ueber andere hier nicht erwähnte Fragen s. Schmitthenner S. 105—107,

4. Zusammenkommen von Eigenthum und Pfandrecht in derselben Person (Confusion). Ein Recht, sich aus seiner eigenen Sache zu befriedigen, hat keinen Sinn, und so geht das Pfandrecht unter, wenn der Pfandgläubiger das Eigenthum erwirbt oder der Eigenthümer das Pfandrecht[25]. Aber es hat guten Sinn, daß Andere sich aus unserer Sache nur in der Weise befriedigen können, daß ein bestimmter Theil ihres Werthes uns gelassen werden muß. In diesem Sinne wird in den Quellen ein Pfandrecht an der eigenen Sache[25a] anerkannt[26], wenn es ein vor-

Dernburg II S. 599 fg., Seuffert § 221 Note 5, auch Vangerow I § 324 Anm. Seuff. Arch. XII. 11.

[25] L 30 § 1 i. f. D. de exc. rei iud. 44. 2, vgl. l. 29 D. de pign. act. 13. 7, l. 33 § 5 D. de usurp. 41. 3, l. 45 D. de R. I. 50. 17.

[25a] Ueber das Pfandrecht an der eigenen Sache vgl.: v. Wening-Ingenheim Arch. f. civ. Pr. VI S. 134 fg. (1823). Francke civil. Abhandlungen S. 107—125 (1826). Büchel civilr. Erörterungen I. 2 S. 85 fg. (1833). Fritz Erläuterungen I S. 545—547 (1833). Sintenis pfandr. Streitfragen Nr. 2 (1835) und Pfandrecht § 17 (1836). Bachofen S. 85 fg. (1847) und dazu Keller Rec. S. 989 fg. Dernburg II § 371 (1863). Bremer Hypothek und Grundschuld S. 46 fg. 78 fg. (1869). Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 452 fg. (1870) Bähr das. XI S. 493 fg. (1871). G. Buchka die Hypothek des Eigenthümers nach den neuesten deutschen Gesetzgebungen und in ihrem Verhältniß zum römischen Recht (1875). Darüber Muther Jen. Literaturzeit. 1875 Nr. 47 und Regelsberger krit. VJSchr. XVIII S. 204 fg. Hartmann Rechte an der eigenen Sache S. 38 fg. (1877). Bekker Zeitschr. f. vergl. RW. II S. 48 fg. (1879). Roth Arch. f. civ. Pr. LXII S. 113 fg. (1879). Vangerow I § 392 Anm. Nr. 3, Brinz 1. Aufl. S. 302, Arndts § 389. Genannt werden muß hier auch die treffliche Schrift von von der Hagen die Hypothek des Eigenthümers (Arnsberg 1836), obgleich dieselbe sich fast ausschließlich mit dem Preußischen Rechte beschäftigt, und wo sie des römischen gedenkt (S. 238 fg.), demselben nicht gerecht wird. Ueber die Schrift von Kuhlmann, die Hypothek des Eigenthümers nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts (1881) s. Grünhut's Zeitschr. X S. 419 fg.

[26] L. 30 § 1 D. cit. — „In proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris ius extinctum sit dominio adquisito: neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. Actio tamen pignoraticia competit: verum est enim, et pignori datum et satisfactum non esse". Der letzte Satz negirt den in dem vorigen aufgestellten Zweifelsgrund mit Berufung auf die Formel der hypothekarischen Klage. Es wäre sehr unrömisch (obgleich die Basiliken es thun), wenn man aus dieser Stelle den Satz herleiten wollte, daß zwar das Pfandrecht untergehe, aber die Pfandklage fortdauere. — Das Pfandrecht in der eigenen Sache ist eine

gehender Gläubiger ist, in dessen Hand sich Pfandrecht und Eigenthum vereinigen[27]. Ein solches Pfandrecht gewährt nicht die Befugniß, sich einen bestimmten Theil des Vermögenswerthes der Pfandsache anzueignen, sondern nur die Befugniß, Andere an der Aneignung ihres Vermögenswerthes zu verhindern; seine vorwiegende Bedeutung ist eine negative, keine positive[28]. Geht es

---

Anwendung der Kategorie des (theilweisen) Ruhens der Rechte. Vgl. § 65. Freilich sind für dasselbe sehr verschiedene Constructionen aufgestellt worden (s. die citirten Schriftsteller), ja man hat dasselbe für unconstruirbar erklärt (der preußische Justizminister Leonhard in der Sitzung des Preußischen Abgeordnetenhauses vom 30. November 1868).

[27] Dieß kann noch in verschiedener Weise geschehen: a) der vorgehende Gläubiger erwirbt das Eigenthum, l. 30 § 1 D. de exc. rei iud. 44. 2, l. 1 C. si antiq. cred. 8. 19 [20]; b) der Eigenthümer erwirbt ein vorgehendes Pfandrecht, z. B. l. 19 D. qui pot. 20. 4; c) Jemand erwirbt Eigenthum und ein vorgehendes Pfandrecht zu gleicher Zeit, l. 17 D. qui pot. 20. 4, l. 3 C. de his qui in prior. 8. 18 [19], l. 3 § 1 D. de distr. pign. 20. 5 (§ 233b Note 10). Nicht hierher gehören l. 5 § 1 l. 6 D. de distr. pign. 20. 5; der in diesen Stellen erwähnte Verkauf ist gar nicht in der Absicht gemacht, Eigenthum zu übertragen; die Parteien haben von Verkauf des „Pfandes" geredet, aber ihre Absicht war nicht auf Uebertragung der Pfandsache (des Eigenthums an derselben), sondern auf Uebertragung des Pfandrechts gerichtet. L. 6 cit. „Cum posterior creditor a priore pignus emit non tam acquirendi dominii, quam servandi pignoris sui causa, intellegitur pecuniam dedisse, et ideo offerri ei a debitore potest". Vgl. § 237 Note 14 g. E. Puchta (Pand. § 292. l und Vorl. dazu) ist mit Unrecht der Meinung, daß auch in den oben genannten Fällen der Eigenthumserwerb nur ein scheinbarer sei, so daß ein Pfandverhältniß an eigener Sache in den Quellen überhaupt nicht anerkannt sei. S. dagegen Arndts § 389 Anm. a. E. Vgl. noch Seuff. Arch. XXVIII. 110. — Der Zug des modernen Rechts geht dahin, die eingetragene Hypothek von dem Zusammenkommen mit dem Eigenthum überhaupt unabhängig zu machen. Vgl. Beseler § 97 Note 35, Stobbe II § 115 Note 13. Eintragung auf eigenen Namen: Mecklenb. revidirte Hypothekenordnung für Landgüter vom 18. Oct. 1848 § 16 Note 4 (dazu die Verordnungen vom 20. März 1859 und vom 8. April 1869). Preuß. Gesetz vom 5. Mai 1872 § 26. 27.

[28] L. 17 D. qui pot. 20. 4: — „eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit". L. 3 C. de his qui in prior 8. 18 [19]: — „in ius eorum successisti, et contra eos, qui inferiores illis fuerunt, iusta defensione te tueri potes". L. 1 C. si antiq. cred. 8. 19 [20]: — „sed ita persequens res obligatas audieris, si . . obtuleris". L. 3 § 1 D. de distr. pign. 20. 5: — „emtori poterit offerri . .". Hat der Eigenthümer den Besitz der Sache verloren, so verschafft er sich denselben

aber auf einen Nichteigenthümer über[29], so wird es wieder zu einem Pfandrechte gewöhnlicher Art. Nur dann schließt die Vereinigung von Pfandrecht und Eigenthum in derselben Hand auch bei Vorhandensein von nachstehenden Pfandgläubigern das Pfandrecht aus, wenn in dem Vorgange, durch welchen sich die Vereinigung vollzogen hat, ein Verzicht auf das Pfandrecht gefunden werden muß[30]. — Das hier Gesagte gilt in gleicher Weise für das Pfandrecht an Rechten, wenn Pfandrecht und verpfändetes Recht in derselben Hand zusammenkommen[31].

B. Beendigungsgründe, welche dem Pfandrechte eigenthümlich sind.

§ 249.

1. Untergang der Forderung. Das Pfandrecht als ein zur Sicherheit einer Forderung bestimmtes Recht verliert mit der For-

---

zurück durch Geltendmachung des Eigenthumsanspruchs; ist der Besitzer ein nachstehender Pfandgläubiger oder hat derselbe durch Kauf von einem nachstehenden Pfandgläubiger erworben, so schlägt er dessen Berufung auf sein Pfandrecht bez. das Pfandrecht seines Rechtsurhebers durch die Gegeneinrede des besseren Pfandrechts. Doch kann er sich auch direct auf sein Pfandrecht berufen, l. 30 § 1 D. de exc. rei iud. 44. 2 (Note 26). — Hartmann Rechte an eigener Sache S. 53 fg. will dem Eigenthümer auch das Recht zum Verkaufe als Pfandgläubiger geben. Es ist zuzugestehen, daß dieses Recht für den Eigenthümer nicht ohne praktische Bedeutung sein würde. Er würde dadurch die Möglichkeit erlangen, die nachstehenden Pfandrechte und, was ihm noch werthvoller ist (denn den nachstehenden Pfandgläubigern muß er den Ueberschuß des Kaufgeldes über seine Forderung herausgeben), die seinem Pfandrechte untergeordneten dinglichen Belastungen der Sache zu vernichten. Aber bei dem Schweigen der Quellen erscheint es mir bedenklich, dem Eigenthümer auch diese Befugniß zuzusprechen. Müßte sie ihm zugesprochen werden, so würde das Pfandrecht an eigener Sache nicht mehr ein theilweise ruhendes (Note 26), sondern ein vollwirksames Recht sein.

[29] L. 3 § 1 D. de distr. pign. 20. 5: „emtori poterit offerri".

[30] L. 9 pr. D. h. t. Die Behauptung, daß ein solcher Verzicht immer angenommen werden müsse, wenn Jemand wissentlich Pfandrecht und Eigenthum in seiner Hand zusammenbringe, geht zu weit. Vgl. über diese Frage Francke a. a. O. S. 122, Sintenis Pfandrecht S. 113, Vangerow I § 392 Anm., Puchta Vorles. I S. 426 und dazu die Anm. von Rudorff, Arndts § 389 Anm., Dernburg II S. 573, ~~Puchta~~ a. a. O. S. 22.

[31] Vgl. Bremer (§ 227 Note 7) S. 146. 147. — Ueber den Fall, wo

derung die Grundlage seiner Existenz, und geht daher mit dem Untergang der Forderung selbst unter[1], wobei es gleichgültig ist, ob die Forderung direct ausgeschlossen ist, oder nur durch Hülfe einer Einrede[2]. Jedoch ist dieser Satz nicht durchgreifend.

a. Möglicherweise kann sich das Pfandrecht bei Untergang der Forderung, für welche es besteht, mit einer anderen Forderung verbinden und für diese fortdauern, s. g. hypothekarische Succession. Ueber dieselbe ist bereits oben (§ 233b) gehandelt worden.

b. Das römische Recht hat selbst die Möglichkeit anerkannt, daß das Pfandrecht nach Untergang seiner Forderung ohne alle Forderung fortdauere[3], wenngleich es sich die Sache theoretisch dadurch zurechtzulegen geneigt ist, daß es Fortbestand der Forderung ad hoc annimmt[4]. Die einzelnen Fälle, in welchen das römische Recht in dieser Weise das Pfandrecht seine Forderung überdauern läßt[5], weisen auf ein Princip nicht hin[6]. Das zwar

---

Pfandrecht und Schuld in der verpfändeten Forderung in derselben Hand zusammenkommen, s. § 239 Note 12. 12a.

§ 249. [1] L. 43 D. de sol. 46. 3, l. 9 § 3 l. 11 § 1. 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 4 D. qui pot. 20. 4, l. 6 pr. D. h. t., l. 3 C. h. t. 8. 30 [31], l. 19 C. de usur. 4. 32, l. 49 D. de sol. 46. 3 (vgl. zu dieser letzten Stelle Keller Rec. 986—987). Wiederherstellung der Forderung: Entscheid. des RG. III S. 208 (= Seuff. Arch. XXXVI. 267).

[2] L. 5 pr. l. 13 D. h. t. Nur muß die Forderung ihrem ganzen Inhalte und ihrem ganzen Umfange nach untergegangen sein. Ihrem ganzen Inhalte nach: es muß nicht eine natürliche Verbindlichkeit übrig geblieben sein (§ 225 Note 11). Ihrem ganzen Umfange nach: die Tilgung muß sich auf den ganzen Leistungsgegenstand bezogen haben (§ 226).

[3] Vgl. § 225 Ziff. 2 und Francke civilistische Abhandlungen Nr. 2 (1826), Büchel civilrechtl. Erörterungen I S. 40—61 und zweite Aufl. I S. 114—117 (1833. 1847), Bekker Jahrb. des gem. R. IV S. 417—424 (1860), Schwanert die Naturalobligationen S. 395 fg. (1861), Schott Jahrb. f. Dogm. XV S. 52 fg. (1876). Dernburg II S. 576 fg.

[4] In diesem Sinne heißt es in l. 61 [59] pr. D. ad SC. Treb. 36. 1: „remanet ergo propter pignus naturalis obligatio". Diese naturalis obligatio hat keine andere Bedeutung, als eben die, dem als fortdauernd angenommenen Pfandrecht zur Grundlage zu dienen; in jeder anderen Beziehung ist sie gleich einer Nichtobligation.

[5] Es gehören hierher die in folgenden Stellen enthaltenen Fälle: a) l. 13 § 4 D. de pign. 20. 1; b) l. 61 [59] pr. D. ad SC. Treb. 36. 1; c) l. 13 § 1 D. ad SC. Vell. 16. 1; d) l. 38 § 5 D. de sol. 46. 3; e) l. 3. 7 C. de praescr. XXX 7. 39, cf. l. 2 C. h. t. (§ 112 Note 5). Nicht gehört hierher

läßt sich mit Bestimmtheit behaupten, daß das Pfandrecht nicht fortdauern kann, wenn der Gläubiger in einer oder der anderen Weise befriedigt worden ist; aber es darf nicht auch der umgekehrte Satz aufgestellt werden, daß es immer fortdauere, wenn die Forderung ohne Befriedigung des Gläubigers untergegangen ist[7]. Von der anderen Seite ist ein Hinausgehen über die in den Quellen genannten Fälle, wo ein genügender Anhalt dafür vorliegt, nicht ausgeschlossen[8]. — Daß das moderne Hypotheken-

auch der Fall der l. 30 § 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, in welchem Fortdauer einer wirklichen naturalis obligatio anzunehmen ist, vgl. l. 8 § 1 D. ratam rem 46. 8 und Schwanert a. a. O. S. 434—436; ob das Gleiche von l. 27 D. de pign. 20. 1 zu sagen ist, bleibt zweifelhaft. Schott a. a. O. S. 53 streicht auch den Fall unter a. (Sein Grund ist, daß der Bürge mit dem Hauptschuldner Correalschuldner, also das Pfandrecht für die Bürgschaftsobligation auch Pfandrecht für die identische Obligation des Hauptschuldners sei. Als wenn der Bürge in der Pfandbestellung eine andere Absicht hätte, als ein Pfand zu bestellen für seine Beziehung zur Obligation!)

[6] In dem Falle unter a wird Untergang der Obligation aus einem rein formalen Grunde angenommen (vgl. 129 Note 4); in den Fällen unter b und c ist es theoretische Bequemlichkeit, daß man sich ohne Forderung behilft, wo dieselbe materiell begründet ist, und durch eine einfache Operation auch theoretisch herzustellen wäre (vgl. l. 8 C. ad SC. Vell. 4. 29); in dem Falle unter d wird das Pfandrecht der Bürgschaftsobligation aufrecht erhalten, nachdem der Bürge mit dem Hauptschuldner zusammengefallen ist; der Fall unter e ist der der Aufhebung der Pfandforderung durch Verjährung.

[7] Die Versuchung dazu liegt nahe, weil die römischen Juristen, wo sie ein Pfandrecht ohne Forderung anerkennen, es lieben, sich auf die Worte der Formel der actio hypothecaria zu berufen: „eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse". Aber dann müßte man z. B. auch in dem Falle Fortdauer des Pfandrechts anerkennen, wo der Schuldner durch eine ohne seine Schuld eingetretene Unmöglichkeit der Erfüllung befreit worden ist. So mit Recht Arndts § 391 Anm., Dernburg II S. 578. 579.

[8] Für sicher halte ich die Fortdauer des Pfandrechts in dem Falle, wo die Unmöglichkeit der Erfüllung durch die Arglist des Eigenthümers der Pfandsache herbeigeführt worden ist, nach l. 88 D. de V. O. 45. 1, l. 95 § 1 D. de sol. 46. 3. Schwanert a. a. O. S. 401; a. M. Dernburg II S. 582, Schott a. a. O. S. 39 fg. Aber dauert das Pfandrecht auch fort bei Erlöschung der Forderung durch Confusion, wenn der Pfandeigenthümer ein anderer ist, als der Schuldner, oder bei Identität von Schuldner und Pfandeigenthümer, wenn Nachhypotheken auf der Sache liegen? Beide Fragen bejaht Schwanert S. 404; dawider Dernburg II S. 589 fg. Ein sicherer Fall aus dem römischen Recht wäre noch unbeerbter Tod eines filiusfamilias,

recht die eingetragene Hypothek für unabhängig von jedem Schicksal der Forderung erklärt, ist oben (§ 225 a. a. E.) bereits bemerkt worden.

2. Verkauf der Pfandsache[9]. In dem Verkauf erreicht das Pfandrecht seine Erfüllung, und damit sein Ende; der Käufer erwirbt die Pfandsache unbeschwert mit dem Pfandrechte, kraft dessen sie ihm verkauft worden ist[10]. Zugleich aber gehen durch den Verkauf der Pfandsache auch alle nachstehenden Pfandrechte unter, welche auf der Pfandsache lagen[11]; dieselben konnten der Befugniß des vorgehenden Gläubigers, das Eigenthum an der Pfandsache als einer von diesen Pfandrechten freien zu übertragen, keinen

---

vgl. l. 1 § 14 D. dep. 16. 3, l. 95 § 1 D. sol. 46. 3, l. 11 D. de fidei. 46. 1. Schwanert S. 401. 402; a. M. Dernburg II S. 579 Anm. 12. — Arndts § 391 stellt die Regel auf, daß das Pfandrecht fortdauere, so oft trotz der Aufhebung der Forderungsklage noch ein Rechtsanspruch des Gläubigers bestehen bleibe. Ich fürchte, diese Regel führt uns ebenso wenig weiter, als die von Bekker a. a. O. S. 423 aufgestellte, daß das Pfandrecht in allen Fällen fortdauere, wo der Erlöschungsgrund der Obligation nicht auch einen Erlöschungsgrund des Pfandrechts in sich trage. Schott a. a. O.: das Pfandrecht dauert in allen Fällen fort, wo die Obligation untergegangen ist, ohne daß der Zweck der Obligation „hinweggefallen" ist. Was ist wohl ein hinweggefallener Zweck?

[9] Bachofen S. 571—582, Platner Arch. f. civ. Pr. XXXII S. 103 fg. (1849), Dernburg II § 115.

[10] L. 15 C. de distr. pign. 8. 27 [28]. Bachofen S. 571 fg. hat die Meinung auszuführen gesucht, daß der Verkauf das Pfandrecht des verkaufenden Pfandgläubigers nicht durch sich selbst beendige, sondern nur kraft eines in demselben liegenden Verzichtes, und also nur dem Käufer und seinen Rechtsnachfolgern gegenüber. Diese Meinung, welcher sich Vangerow I § 380 Anm. Nr. I angeschlossen hat, wird durch die dafür angeführte l. 4 § 1 D. h. t. nicht bewiesen. Nach der offenbar richtigen Erklärung Dernburg's II S. 226 spricht diese Stelle nicht von einem Pfandverkauf, sondern von einem Verkauf im Auftrage des Schuldners.

[11] L. 6 C qui pot. 8. 17 [18], l. 1 C. si antiq. cred. 8. 19 [20], l. 6. 7 C. de O. et A. 4. 10. — Nach modernem Hypothekenrecht gehen durch jede Zwangsversteigerung des Pfandgrundstücks alle Hypotheken unter. Vgl. § 241 Note 5 a. E. Vgl. Bähr Jahrb. für Dogm. XIII S. 182 fg. Verhandlungen des 12. deutschen Juristentags I S. 117 fg. 133 fg. (zwei Gutachten von v. Salpius und Heinsen). Preuß. Gesetz betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 13. Juli 1883 § 22. Sächs. Gesetz betr. die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung unbeweglicher Sachen vom 15. August 1884 § 10.

Eintrag thun[12]. In dem einen und dem andern Fall hat aber der Verkauf die bezeichnete Wirkung nur dann, wenn durch denselben der Käufer wirklich zum Eigenthümer gemacht worden ist[13]. Wird der Kauf wieder aufgehoben, so lebt das Pfandrecht wieder auf[14].

3. Nach einer singulären Vorschrift des römischen Rechts geht das Pfandrecht auch dadurch unter, daß der Erbe, welcher mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten hat, die Pfandsache zur Befriedigung der Gläubiger und Vermächtnißnehmer verkauft[15].

---

[12] Auch für diesen Fall wird von den erwähnten Schriftstellern (Note 10) Untergang nur ope exceptionis behauptet, und für diesen Fall stimmt denselben auch Dernburg II S. 223. 228 zu.

[13] Daher l. 13 D. de distr. pign. 20. 5. „Creditor, qui suo iure pignus distrahit, *ius suum cedere debet*, et si pignus possidet, tradere debet utique possessionem". Der Ausführung dieses Satzes ist der in Note 9 erwähnte Aufsatz von Platner gewidmet. A. M. Brinz 1. Aufl. S. 357.

[14] Arg. l. 10 § 1 D. h. t.

[15] L. 22 § 8 C. de iure del. 6. 30. Dernburg II S. 594.

Nachträge.

S. 9 Note 2 a. E. Fitting Zeitschr. d. Sav.-Stiftung VI S. 94 fg. 275 fg. VII 3. Heft S. 1 fg.

„ 16 „ 6 a. E. Von der Schrift von Mandry ist 1885 die dritte Auflage erschienen.

„ 26 „ 2 a. E. Ph. Eduard Huschke 1801—1886.

„ 34 Ziff. 24. 13. Aufl., besorgt von denselben Herausgebern, 1886.

„ 35 „ 25. Von der zweiten Auflage des Lehrbuchs von Brinz ist 1886 die 1. Abtheilung des 3. Bandes erschienen.

„ 35 „ 29. Das Lehrbuch von Dernburg ist jetzt in seinem ersten und zweiten Bande vollendet.

„ 35 hinter Ziff. 29. E. J. Bekker System des heutigen Pandektenrechts. 1. Band. 1886.

„ 35 „ Ziff. 29. E. Hölder Pandekten. 1. Band 1. Liefer. 1886.

„ 41 Note 2. Laband Staatsrecht des deutschen Reichs II S. 44 fg.

„ 44 „ 1. Binding Handbuch des Strafrechts I S. 202. 209 fg.

„ 48 „ 3. Entscheid. d. RG. XII S. 271.

„ 49 „ 6. Seuff. Arch. XL. 86.

„ 52 „ 2. Eisele Arch. f. civ. Pr. LXIX S. 296 fg. Seuff. Arch. XL. 269.

„ 53 „ 3. Eisele Arch. f. civ. Pr. a. a. O. S. 283 fg. 291 fg.

„ 55 „ *. Binding Handbuch des Strafrechts I S. 450—474. Wach Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts I S. 254—305. Kohler Grünhut's Zeitschr. XIII S. 1—61.

„ 58 „ 6. Binding a. a. O. S. 469 fg. Wach a. a. O. S. 259 fg. 281 fg. Kohler a. a. O. S. 4. 21 fg. (bes. 38).

„ 61 „ 2. Eisele Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 123 fg.

„ 63 „ 8. Bülow Gesetz und Richteramt. Leipzig 1885.

„ 71 „ *. Binding Strafrecht I § 36.

„ 72 „ 7. Binding a. a. O. S. 156 fg.

„ 75 „ 2. 3. Scharlach Arch. f. civ. Pr. LXII S. 435 fg. Zitelmann das. LXVI S. 348. Eisele Jahrb. für Dogm. XXIII S. 119 fg. Kohler Grünhut's Zeitschr. XIII S. 48. 55. Binding Strafrecht I S. 222.

„ 77 „ 1. Thudichum Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 148 fg. Stammler Arch. f. civ. Pr. LXIX S. 14 fg.

„ 80 „ 2. Eisele Arch. f. civ. Pr. LXIX S. 286.

„ 80 „ 3. Eisele das. S. 279.

S. 90 Note 2. Bähr Verhandl. des 18. deutschen Juristentages I S. 83 fg v. Bar das. S. 95 fg. Entscheid. d. RG. VIII S. 146 XIV S. 184.

„ 93 „ 9 Z. 8 ist zu lesen: das Reichsgericht (vorausgesetzt daß die Vertragschließenden die Obligation nicht einem andern Recht haben unterwerfen wollen) Entscheid. IX S. 227, XIV S. 239, vgl. IV S. 246.

„ 96 „ 5. CPO. § 17.

„ 100 „ 4. L. Seuffert Grünhut's Zeitschr. XII S. 622 fg.

„ 102 „ 3. G. Rümelin Arch. f. civ. Pr. LXVIII S. 186 fg.

„ 107 „ 2. Jhering Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 319 fg.

„ 111, § 43. Kuntze die Obligationen im römischen und heutigen R. (Leipzig 1886) S. 63 fg. Wach Civilprozeß I S. 293 fg.

„ 119 Note 7a Wach Civilprozeß I S. 16—18.

„ 119 „ 8. Entscheid. d. RG. IV S. 437, VI S. 397, XII S. 148. Seuff. Arch. XL. 174.

„ 126 „ 1 Z. 6 v. o. Huschke Darlehn S. 173 Note 2, Langfeld Lehre vom Retentionsrecht (1886) S. 150 fg.

„ 137 „ 8. Meurer der Begriff und Eigenthümer der heiligen Sache, zugleich eine Revision der Lehre von den juristischen Personen, (s. a., erschienen 1885) S. 73 fg. 84 fg. Fr. Fisichella sulla realità della persona giuridica. Catania 1885.

„ 143 „ 2. Sturm Gruchot's Beiträge XXIX S. 299 fg.

„ 144 „ 5. Seuff. Arch. XL. 176.

„ 145 „ 3. Stobbe IV S. 429 fg.

„ 148 „ 9. Singer die Behebung der für Ordenspersonen bestehenden Beschränkungen im commercium mortis causa für das can. u. österr. R. (Innsbruck 1881) S. 1—64. Seuff. Arch. XLI. 116.

„ 155 „ 2. Entscheid. d. RG. XII S. 165. Seuff. Arch. XLI. 3.

„ 155 „ 3. Entscheid. d. RG. XII S. 166.

„ 166 „ 4. Entscheid. d. RG. XII S. 232.

„ 169 „ 1. Entscheid. d. RG. V S. 138 fg.

„ 169 „ 10. Entscheid. d. RG. VIII S. 236.

„ 171 „ 2. Entscheid. d. RG. XII S. 229 (Seuff. Arch. XL. 90).

„ 186 „ 1. Kohler Grünhut's Zeitschr. XIII S. 290 fg.

„ 194 „ 3. Seuff. Arch. XL. 177.

„ 202 „ *. Ueber die Schrift von Mitteis: Zoll Grünhut's Zeitschr. XIV S. 221 fg.

„ 207 „ 16. Bähr Arch. f. civ. Pr. LXVII S. 188 fg.

„ 221 „ 1c. Sehling Zeitschr. f. Kirchenrecht XX S. 39 fg.

„ 224 „ 2. Seuff. Arch. XL. 179, XLI. 4.

„ 227 „ 4. Esmarch Vacuae possessionis traditio S. 50 fg. Strohal Succession in den Besitz S. 177 fg. Kohler Arch. f. civ. Pr. LXIX S. 185 fg. v. Scheurl Zur Lehre vom röm. Besitzrecht S. 90 fg. Kohler Grünhut's Zeitschr. XIV S. 168.

S. 229 Note 7. Hanausek die Verhaftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare I S. 2 fg. (1883).
„ 240, zu § 80. Rechtsgeschäfte in Nothlage: Kohler Jahrb. f. Dogm. XXV S. 9—42.
„ 245 Note 6. Kohler der Dispositionsnießbrauch, Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 187—328.
„ 264 „ 1. Stammler Arch. f. civ. Pr. LXIX S. 19 fg.
„ 269 „ 9 a. E. Planck Lehrbuch des deutschen Civilproceßrechts I S. 326—329.
„ 299 „ *. Hofmann krit. Studien im röm. R. (Wien 1885) S. 144 fg.
„ 299 „ 8. E. A. Seuffert Arch. f. civ. Pr. LXVIII S. 254 fg.
„ 304 „ 1. Berichtigung: III § 554 Note 22 fg.
„ 315 „ 1. Hruza Novation S. 50 fg.
„ 325 „ 10. C. Chr. Burckhardt Sinn und Umfang der Gleichstellung von dolus und lata culpa im röm. R. Göttinger Preisschrift 1885. P. A. Tichelaar Begrip en toepassing der culpa lata. Utrechter Inaug.-Dissert. 1885.
„ 326 „ 10b. Seuff. Arch. XXXII. 117, XXXVII. 288 (S. 397), XLI. 171.
„ 347 „ 5. Entscheid. d. RG. XV S. 179.
„ 348 „ 8. Mitteis die Individualisirung der Obligation S. 34 fg.
„ 350 „ 9 Z. 1 v. o. Seuff. Arch. XL. 280 Nr. II.
„ 376 „ 3. Entscheid. d. RG. XV S. 195.
„ 389 „ 3. Burckhard Actio aquae pluviae arcendae S. 240.
„ 394 „ 5 fg. Wach Civilprozeß I S. 19 fg.
„ 409 „ 8. Wach die Abtretung rechtshängiger Ansprüche in ihrem Einfluß auf den Prozeß, akad. Programm 1886, S. 14 fg.
„ 415 „ 4 a. E. Wach Civilprozeß I S. 7 Note.
„ 417 „ 6. Fitting Zeitschr. f. Civilproz. IX S. 69 fg. Fuchs Gruchot's Beiträge XXIX S. 635 fg.
„ 421 „ *. P. Cogliolo Trattato teoretico e pratico della eccezione di cosa giudicata secondo il diritto romano e il codice civile italiano. Vol. I. Torino 1883. (Vgl. darüber Schneider krit. VJSchr. XXVIII S. 22 fg.) Planck Lehrbuch des des deutschen Civilprozeßrechts I S. 254 fg.
„ 429 „ 21a. Entscheid. des RG. XI S. 384 (= Seuff. Arch. XL. 157).
„ 436 „ 5. Burckhard Actio aquae pluviae arcendae S. 517 fg.
„ 451 „ 5. Kohler Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 291 fg. Vgl. auch Till Grünhut's Zeitschr. XII S. 736 fg.
„ 452 „ 10. Jhering Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 303 fg.
„ 460 „ 10. Ueber die Schrift von Scheurl s. Merkel krit. VJSchr. XXVIII S. 1 fg.
„ 463 „ 6. Seuff. Arch. XL. 178.
„ 465 „ 2 a. E. Verhandlungen des 16. deutschen Juristentages I S. 230 fg. (O. Mayer), des 17. II S. 42 fg. (Eck).
„ 466 „ 4 a. E. Vgl. noch Thomsen Verhandlungen des 17. deutschen Juristentages II S. 298 fg.

S. 470 Note 7. Entscheid. d. RG. XII S. 183 (= Seuff. Arch. XL. 181), XV S. 184.

„ 477 „ 6. C. E. Cramer die Behandlung des menschlichen Leichnams im Civil- und Criminalrecht. Zürich 1885.

„ 478 „ *. Kniep Vacua possessio. 1. Band. 1886. (Der Inhalt dieser Schrift greift über die durch den Titel bezeichneten Grenzen hinaus. Vgl. Centralbl. f. RWissensch. V S. 279. Zarncke's Centralbl. 1886 S. 1886). v. Scheurl Zur Lehre vom römischen Besitzrecht. (Der „weiteren Beiträge zur Bearbeitung des röm. R." 2. Heft.) 1886.

„ 495 „ 6. H. Hackfeld-Pflüger über Besitz und Ersitzung an Teilen einer Sache. Straßb. Inaug.-Dissert. 1886. Eisele Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 500 fg.

„ 498 „ 12. Entsch. d. RG. XIII S. 179.

„ 499 „ 2. Strohal in der zu S. 503 citirten Schrift S. 51 fg. Ueber die in Note 2 citirte Schrift von Piniński s. Regelsberger Gött. gel. Anz. 1885 S. 873 fg., Eck Zeitschr. f. Handelsr. XXXII S. 593 fg., Zoll Grünhut's Zeitschr. XIII S. 261 fg.

„ 502 „ 9. Kohler Arch. f. civ. Pr. LXIX S. 172 fg.

„ 503 „ 10. Strohal Succession in den Besitz nach römischem und heutigem Recht 1885. (Darüber: Regelsberger Gött. gel. Anz. 1885 S. 873 fg., Eck Zeitschr. f. Handelsr. XXXII S. 597 fg., Kohler Grünhut's Zeitschr. XIV S. 162 fg.) Seligsohn Gruchot's Beiträge XXVI S. 316 fg. 593 fg.

„ 506 „ 6. J. Voigt der Besitz des Sequester nach dem röm. R. S. 35 fg. (1885).

„ 522 „ 10. Strohal Succession in den Besitz S. 175 fg. Kohler Arch. f. civ. Pr. LXIX S. 185 fg.

„ 526 „ *. Kappeyne van de Copello Abhandlungen zum röm. Staats- und Privatrecht, übersetzt von M. Conrat (Cohn) 1885 S. 113 fg. (Pandektenrecht: S. 180 fg.). (Darüber Baron krit. VJSchr. XXVIII S. 235 fg., Pferche Grünhut's Zeitschr. XIV S. 168 fg.)

„ 527 „ 1. Jhering Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 223 fg.

„ 538 „ 17 a. E. Scialoja Sopra il precarium nel diritto romano (Roma 1878) p. 51 s.

„ 545 „ 7b. Jhering Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 263. 288. Seuff. Arch. XL. 96

„ 547 „ *. Bossert das Wesen des Servitutenbesitzes nach röm. R. Tübinger Inaug.-Dissert. 1883. Darüber Krasnopolski Grünhut's Zeitschr. XIII S. 670 fg.

„ 549 „ 6. Entscheid. d. RG. XII S. 175 (= Seuff. Arch. XL. 183).

„ 561 „ 5. Zur Dogmengeschichte: F. Piccinelli Studi e ricerche intorno alla definizione: dominium est ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur. Firenze 1886.

S. 564 Note 2. Jhering Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 242.
„ 568 „ 7. Seuff. Arch. XL. 183. 278.
„ 569 „ 9. Arth. Schmidt das Recht des Ueberhangs und Ueberfalls (Unterſuchungen zur deutſchen Staats- und Rechtsgeſchichte Nr. XXI [1886]) S. 27—38.
„ 569 „ 10. Daſ. S. 1—27.
„ 570 „ 11. Burckhard Actio aquae pluviae arcendae S. 96 fg.
„ 571 „ 17. Entſcheid. d. RG. XV S. 205.
„ 574 „ 3a. Seuff. Arch. XLI. 5.
„ 575 „ 4. Seuff. Arch. XXXVIII. 214.
„ 576 „ 5. Entſcheid. d. RG. XIII S. 180 (= Seuff. Arch. XLI. 90).
„ 592 „ 19a. Seuff. Arch. XLI. 86.
„ 597 „ 4. CPO. § 917 Abſ. 2, KO. § 98.
„ 627 „ 10. Gandolfo la reversio ad dominium delle cose furtive, Arch. giurid. XXXV p. 161 s.
„ 630 „ 2. Seuff. Arch. XLI. 7.
„ 632 „ 5. Jhering Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 244 fg.
„ 637 „ 1. E. Spiegelberg Eigenthumserwerb an Flußinſeln. Roſtocker Inaug.-Diſſert. 1886.
„ 639 „ 4. Vgl. auch die Gutachten für den deutſchen Juriſtentag von O. Mayer XVI. 1 S. 219 fg. und von Thomſen XVII. 1 S. 288 fg. und die Verhandlungen XVII. 2 S. 35 fg. 280 fg.
„ 645 „ 16. Ruhſtrat Arch. f. civ. Pr. LXVIII S. 378 fg.
„ 654 „ 16. Lenel Edictum perpetuum S. 265.
„ 698 „ 11. Kohler Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 221 fg.
„ 700 „ 1. Entſcheid. d. RG. XIII S. 172.
„ 701 „ 7. Burg Arch. f. prakt. RW. N. F. S. 387.
„ 702 „ 9. Entſcheid. d. RG. XIII S. 170 (= Seuff. Arch. XLI. 117).
„ 729 „ 1. Burckhard Actio aquae pluviae arcendae S. 322 fg.
„ 735 „ 1. Piccinelli Studî Sinesi II p. 273 s. Vgl. Arch. giurid. XXXV p. 147 s.
„ 737 „ 5. Seuff. Arch. XL. 183.
„ 742 „ 8. Entſcheid. d. RG. XIV S. 214.
„ 752 „ 3. Entſcheid. d. RG. XV S. 184.
„ 769 „ 2. Entſcheid. d. RG. XIII S. 202. Seuff. Arch. XLI. 85. 86.
„ 779 „ 2. Kretſchmar Secum pensare S. 110 fg.
„ 794 „ 3a. H. Wächter das Vorzugsrecht des Vermiethers nach röm. und modernem R. Zürich 1885.
„ 829 „ 23. Kretſchmar Secum pensare S. 100 fg.
„ 836 „ 11. Kretſchmar daſ. S. 91 fg.
„ 840 „ 16 Z. 6 v. u. Seuff. Arch. XL. 280.
„ 848 „ 8 a. E. Entſcheid. d. RG. XIV S. 249 (= Seuff. Arch. XLI. 176).
„ 860 „ 1. Seuff. Arch. XL. 187 (RG.).
„ 864 „ 11. Kohler Geſ. Abhandlungen I S. 295 fg

Sach- und Quellen-Register.

A. Sach-Register.

(Die größeren Zahlen bedeuten den §, die kleineren die Note.)

A.

Abfindung des Eigenthümers **193**[3. 12]
— des Pfandgläubigers **233 b** Ziff. 2 **235** Ziff. 5. b
Abgabe des Emphyteuta **220** zu Note 3—7
— des Superficiar **223**[11]
Abgeleiteter Besitz **149**[6] **154**
— Erwerb **66** zu Note 1 a
Ableugnen des Besitzes bei der rei vindicatio **196** zu Note 7
Abortus s. Fehlgeburt
Abschoß 55[6]
Abschwächung der Rechte **65**
Absolutes Recht **30**[1]
Absolute und relative Rechte **41**
Abwesenheit, als Verschollenheit **53** zu Note 1. 2
— als Wiedereinsetzungsgrund **116**[1] **119** Ziff. 1
— bei der Verjährung **180** i. A. **213** zu Note 8 **216** zu Note 11 **248** zu Note 21
Accession 143 a. E.
— (Verbindung), Eigenthumserwerbsart **188—190**
Accessio possessionis, temporis bei der Ersitzung **181** zu Note 2—11, beim interdictum utrubi **181** zu Note 3. 5. 9
— temporis bei der Anspruchsverjährung **110**[5]
Accidentalia negotii **85**[1]
Accursius 3[3]
Actiengesellschaften 58[3] **60**[2 a. E.] **60**[5], juristische Person oder societas? **58**[5]
Actio, Begriff **44**
— Eintheilung der Actionen **45 46**
— aquae pluviae arcendae **169**[11]
— arbitraria **46** zu Note 4, ihre Bedeutung im modernen Recht **46** zu Note 5
— bonae fidei **46** zu Note 4, ihre Bedeutung im modernen Recht **46** zu Note 5

Actio civilis **46**[2.b]
— communi dividundo beim Miteigenthum **169a**[3b]
— confessoria **217**, als Publiciana **217** a. E., hat der Nießbraucher eines Grundstücks die utilis oder directa? **217**[6], a. c. utilis des Emphyteuta **219**[11], a. c. utilis des Superficiars **223**[9]
— de tigno iuncto **182**[13] **188** zu Note 15
— directa **46**[2.b]
— doli (de dolo), Betrug **78**[7]
— duplex **46**[1.c] **127**[2]
— extraordinaria **46**[1]
— famosa **56**[3]
— honoraria **46**[2.b]
— hypothecaria **235.** Inhalt: **235** Ziff. 3, vor Fälligkeit der Schuld, bei bedingter Schuld **235** Ziff. 1, Gegenanspruch wegen Verwendungen **235** Ziff. 4, gegen den fictus possessor **235**[6], Erstreckung auf Früchte **235** zu Note 9, zur formula **230**[6] **235**[3]; Einreden **235** Ziff. 5, exceptio excussionis personalis **235** Ziff. 5. c. d, exceptio excussionis realis **235** Ziff. 5. e, des besseren Pfandrechts **235** Ziff. 5. f, der Verjährung **235** Ziff. 5. g.
— in aequum et bonum concepta **46**[4 a. E.]
— in factum **46**[2.b]
— in rem = rei vindicatio **45**[3], de universitate **45**[5a], bei Emphyteusis und Superficies **218**[5]
— in rem — in personam s. personalis **45** Ziff. 1 u. 2
— in rem scripta **45** zu Note 6
— iudicati **129**[2]
— mixta **45**[3 a. E.], = duplex **127**[2]
— nata **107.** Verletzung des Anspruchs nicht erforderlich **107**[5], bei bedingten und befristeten Ansprüchen **107** zu Note 6. 7, bei Ansprüchen, deren Entstehung auf den nackten Willen des Berechtigten gestellt ist (Kündigung) **107** zu Note 9, wenn die Fälligkeit der Schuld erst nach Proceßbeginn eintritt **128**[6 a. E.]
— negatoria (negativa) **198**, cautio de non amplius turbando **198** zu Note 6. 10a, ist sie Schadensersatzklage? **198**[5], setzt sie Behauptung eines Gegenrechts voraus? **198**[7], als Feststellungsklage **198**[8.9], Verbalturbation **198** zu Note 9, ihre formula **198**[12], Beweis **198** a. E., utilis des Superficiar **223**[9], utilis des Emphyteuta **219**[11]
— ordinaria **46**[1]
— pignoraticia in rem **235**[1]
— poenalis **46**[3]
— popularis **46**[2.c]
— praeiudicialis **45** zu Note 7 **122**[7]
— praescriptis verbis **99**[1] **160**[18]
— praetoria **46**[2]
— privata **46**[2.c]
— prohibitoria **198**[12]

Actio Publiciana **43**[4] **199**, als negatoria **199** zu Note 3, weicht dem besseren und gleichen Recht **199** Ziff. 4, rescissoria **199**[5 a. E.], auf Grund putativen Titels **199**[6], formula **199**[10], des Emphyteuta **219**[12]
— quasi Serviana **235**[1]
— quod metus causa **80** zu Note 4. 5
— rei persecutoria **46**[3]
— rescissoria **120**[9]
— restitutoria **120**[9] (Wiedereinsetzung)
— Serviana **235**[1]
— simplex **46**[1. c]
— spolii **162a**[4]
— stricti iudicii **46**[4]
— stricti iuris **46**[4]
— temporalis **46**[3]
— utilis **46**[2. b]
— vectigalis **219**[9]
— vindictam spirans **46**[3]
Activvermögen **42**[3]
Actus **211**
— legitimi **95**[2] **96a** zu Note 8
Adiecta causa **130**[6]
Adjudication **173** zu Note 1a **214** zu Note 1 **221** zu Note 5 **223** zu Note 13 **233** zu Note 1
Adoptivverwandtschaft **56a** zu Note 7
Adplumbatio **189**[1]
Advocatur, römische, **56**[5]
Aequitas **28**[3. 4]
Aestimatio, s. Abfindung
Aetas legitima **54**[8]
— maior, minor **54**[6]
— prima, secunda **54**[6]
Affines **56a**[10]
Afterpfandrecht **239** Ziff. 3
Ager desertus **174** zu Note 5
— vectigalis i. e. emphyteuticarius **218**[5]
Agere cum aliquo **44**[4]
— non valenti non currit praescriptio **109**[2]
Agnation, Begriff und Bedeutung im modernen Recht **56a** zu Note 9
Alienatio **69**[7]
— in fraudem creditorum (Wiedereinsetzung gegen dieselbe) **116**[2]
Alluvio **143**[10] **185** Ziff. 3 **188** zu Note 3
Alter, sein Einfluß auf private Rechtsverhältnisse **54**, Einfluß auf die Handlungsfähigkeit **71** Ziff. 3. 4, jugendliches **54** zu Note 2b, Greisenalter **54**[3]
Alveus derelictus **185** Ziff. 2
A momento ad momentum **103** Ziff. 2. a
Analogie, Gesetzanalogie **22**[5], Rechtsanalogie **23** zu Note 1a

Aneignungswille 149 Ziff. 2
Anerkennung eines unehelichen Kindes **56b** zu Note 7
Anfechtbarkeit der Rechtsgeschäfte **82** Ziff. 1
Anfechtung, rückwirkende Kraft **82**[7]
Animo retinetur possessio **156**[4]
Animus credendi **98**[1]
— dominandi (dominantis) **149**[5 a. E.]
— domini **149**[5 a. E.]
— donandi **98**[1]
— obligandi **98**[1]
— possidendi **149**[5]
— solvendi **98**[1]
Annus utilis, continuus **104**
Anschwemmung s. „alluvio".
Anspruch, Begriff **43**, dinglicher und persönlicher **43** zu Note 1. 2
Anspruchsverjährung **106**
Anstalt, als juristische Person **57** Ziff. 2
Antheil **142** Ziff. 4
Antichresis **234** zu Note 4—6
Antreibung **188** zu Note 4
Antinomieen **23** **26**
Apostaten **25** zu Note 1
Apprehension **153**[3]
Aquaeductus **211** zu Note 6
— Schutz im Besitze derselben **164** Ziff. 3.b
Aquaehaustus **211** zu Note 7
— Schutz im Besitze derselben **164** Ziff. 3.c
Aqua profluens **146**[6]
Arbeitsproducte, Eigenthumserwerb **187**
Arbitrium (arbitratus) **46**[4]
— boni viri **93** zu Note 7
Argliſt **101** zu Note 6
Argumentum a contrario **22**[7], seine Anwendbarkeit für Sätze des corpus iuris **25** a. E.
Arrest **134** a. E.
Arrestpfand **233** zu Note 5g
Ascendenten **56a**
Auctor **66**[2]
Auctoris laudatio **132**[2] **196**[6]
Auctoritas tutoris **71**[7. 9]
Aufhebung der juristischen Personen **61**
— der Rechte **63**
— des Besitzes **156** **157**
— des Eigenthums **191**
— der Dienstbarkeiten **215**
— der Emphyteusis **222**

Aufhebung der Superficies **223** a. E.
— des Pfandrechts **248**
Auflage bei Zuwendungen **98** Ziff. 2
Auflassung **171**[2]
Auftrag und Vollmacht **74**[1a]
Ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung **72** zu Note 7. 8
Auslegung (s. auch Interpretation), Begriff **20**, logische **21** zu Note 3—10, grammatische **21** zu Note 2, berichtigende (einschränkende, ausdehnende, abändernde) **21** zu Note 10, des Gewohnheitsrechts **20** zu Note 1 **22** a. E., des Pandektenrechts insbesondere **25. 26**, der Rechtsgeschäfte **84** zu Note 1—10, der Verträge **84** zu Note 11
Ausnahmebestimmungen im Recht **28**
Ausübung der Rechte **121**
— der Dienstbarkeiten **216**
Auswerfen **172** Ziff. 4
Auszahlung des vorgehenden Pfandgläubigers **233b** Ziff. 4 **241**
Außerehelich, s. unehelich
Authenticae **3**[6] **3** zu Note 7
Authenticum **3**[6]
Autonomie **19**, der Corporationen **19** zu Note 4, des hohen Adels **19** zu Note 2
Avulsio **188** zu Note 4

B.

Bach **146** Ziff. 3
Bäuerliches Verhältniß **218** zu Note 2
Bäume, Früchte des Grundstücks? **144**[6], überhängende **169** Ziff. 4, als Superficies **223** zu Note 20
Bauen **188** zu Note 8
Baumaterialien **169** Ziff. 12
Baupolizeigesetze **211a**[11]
Bedingung, Begriff und Wesen **86**, Arten **87** (s. auch condicio), Wirkung **88**, Zustand während des Schwebens (Gebundenheit, Uebergang auf die Erben) **89**, Zustand nach Erfüllung der Bedingung (wirkt der Eintritt der auflösenden Bedingung direct oder nur obligatorisch?) **90**, hat die erfüllte Bedingung rückwirkende Kraft? **91**, wann ist die Bedingung als erfüllt anzusehen? **92**, dasselbe bei Unmöglichkeit der Erfüllung **92** zu Note 4, Beweislast bez. der Bedingung **86** zu Note 4 **86**[6 a. E.], Statthaftigkeit der Bedingungen **95** (s. auch actus legitimi)
— affirmative **87** zu Note 1
— auf das nackte Wollen des zu Verpflichtenden gestellte (si volueris) **93**
— auflösende (resolutive) **86** a. E.
— aufschiebende (suspensive) **86** a. E.
— casuelle **92**[4]
— der Ehelosigkeit **94** zu Note 14
— des Religionswechsels **94**[13 a. E.]

Bedingung, eigentliche und uneigentliche **87** zu Note 6
— negative **87** zu Note 1
— nothwendige **87** zu Note 3
— positive **87** zu Note 1
— potestative **89**[14] **92**[4]
— stillschweigende **87** zu Note 7. 8
— unerlaubte **94** zu Note 9
— unerschwingliche **94**[6]
— unmögliche **87** zu Note 4, ihre Wirkung **94**
— widersinnige (perplexe) **93** a. E.
Beendigung der Rechte, s. Aufhebung
Befristung 96 96a
— aufschiebende, auflösende **96** zu Note 1. 2
— Bestimmung des Zeitpunktes (dies) **96a**, Unzulässigkeit der Befristung **96a** a. E.
Befugniß 37[3] a. E.
Begräbnißplatz 147 zu Note 2. 5
Bemächtigung 184
Beneficium iuris **29**[4]
— causae, personae **29**[5]
— cedendarum actionum beim Pfandrecht **235**[18]
— excussionis s. ordinis beim Pfandrecht **235** Ziff. 5.c—e
Berechtigung 37
Bergregal 169[22]
Bergwerkseigenthum 168[1a]
Bescholtenheit 56[1]
Beschränkungen des Eigenthums **169**
Besitz 148—164, Begriff **148—150**, rechtliche Folgen, welche an denselben geknüpft sind **148**, Faktum oder Recht? **150**, Elemente dess.: thatsächliches Haben (corpus) und Wille (animus) **149**, seine Bedeutung im Processe **148** zu Note 4, Möglichkeit des Besitzes **152**
— abgeleiteter **149**[6] **154**
— an Bestandtheilen (tignum iunctum) **152** Ziff. 2
— der Dienstbarkeiten **213** Ziff. 1. 2. 3
— der Willensunfähigen **152** Ziff. 1
— des Emphyteuta und Superficiar **154**[7]
— des Pfandgläubigers **154** Ziff. 1
— des Precaristen **154** Ziff. 2
— des Sequester **154** Ziff. 3
— Erwerb des Besitzes **153—155**, durch Stellvertreter **155**, durch constitutum possessorium **155** zu Note 8—8c
— intellektueller Theile **152** Ziff. 2 a. E.
— juristischer **148** zu Note 10—12 **149** zu Note 2—4
— mehrerer an derselben Sache (compossessio) **152** Ziff. 3
— natürlicher **148** zu Note 10—12
— Rechtsbesitz, s. das.

Besitz, redlicher und unredlicher s. „redlich", „unredlich"
— Sachbesitz **148—150**
— Schutz des Besitzes **158—162a**, Grund des Schutzes **148**[6], Schutz gegen Entziehung (durch Interdicte) **160**, gegen heimliche Entziehung (clam) **160**[2], gegen Entziehung durch Gewalt **160** Ziff. 1, Schutz gegen Störung **159**, Schutz nach canonischem Rechte **162**, Schutz durch Condictionen (gegen Entziehung) **161**
— Stellvertretung im Besitze **155**
— uneigentlicher **151** zu Note 1
— Verlust des Besitzes **156**, Verlust animo **156** Ziff. 2, corpore **156** Ziff. 1, ist der Besitz verloren, wenn er aufgegeben wird, damit ein Anderer ihn erwerbe und dieser nicht erwirbt? **156**[10], Verlust des durch Stellvertreter ausgeübten **157**, Verlust des Besitzes an Grundstücken **156** zu Note 8 **157**[1. 4. 5 a. E.]
Besitzeinweisung 134[8], wirkt Pfandrecht **233** Ziff. 2 **243** a. E.
Besitzer, redlicher s. „redlich"
— unredlicher s. „unredlich"
Besitzergreifung 153[3], Genehmigung derselben durch den Vertretenen **155** zu Note 10a
Bestandtheil 142 Ziff. 3
Bestätigung 83 Ziff. 2, rückwirkende Kraft **83** zu Note 10
— gerichtliche **72** zu Note 5
Bestechung, hierzu verwendete Sachen sind unersitzbar **182** zu Note 9
Betagung, s. „Befristung"
Betrug 78, als Restitutionsgrund **118**
Beuterecht 184 zu Note 13
Beweis 133, Beweislast **133** Ziff. 1, Beweislast der Einredethatsachen **133** zu Note 4—8, Beweismittel **133** Ziff. 2, Beweis bei der Eigenthumsklage **196** Ziff. 1, bei der actio negatoria **198** a. E., bei der Bedingung **86**[4. 6 a. E.], bei der Befristung **96**[2 a. E.], des Todes **53**, der unvordenklichen Verjährung **113** zu Note 9, der Zeugung (Vaterschaft) **56b**
Bibliothek 42[6] **226a**[4]
Bienenschwarm 137[7], Besitz an demselben **153**[7]
Billiges Recht 28 zu Note 1
Bisextum 103[17]
Blutsverwandtschaft 56a zu Note 2
Bodenzins 220[3]
Bona 42[2a. 3.]
Bonae fidei possessio **166**[2].
— fidei possessor fructus consumtos suos facit **186**[12]
Bona fides bei der Ersitzung des Eigenthums **176 177**
— bei der Ersitzung der Servituten **213** zu Note 6
— bei der Ersitzung der Freiheit **216**[10] **248**[19]
— beim Fruchterwerb **186** zu Note 7
— bei der Klagenverjährung **111**
— Einfluß auf die Verpflichtung des Beklagten **124 193**[8—12]

Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur **121**[9]
Bonifacius VIII. 5 Ziff. 1.c
Bote 73[1. 16]
Brevi manu traditio **154**[2] **172**[21]
Bürgschaftsstellung beim Nießbrauch **204** zu Note 6–9

C.

Canon des Emphyteuta **220**[3]
Canon Redintegranda **162a**[1]
Canonisches Recht **5** Ziff. 1
Capitis diminutio **55**[8]
— als Grund der Restitution **116**[2]
Cassen, einzelne des Fiscus **58**[2a]
Casus unus **196**[5]
Causa adiecta, non expressa **130**[6]
— als Voraussetzung **97**[2]
— lucrativa, onerosa **69**[5]
— perpetua der Servituten **209**[8]
— possessionis **175**[2]
— rei **124**[2]
Cautio 134[3]
— bei der actio confessoria **217**[3]
— damni infecti **169**[18] **173**[3]
— de non amplius turbando (bei der negatoria) **198** zu Note 6. 10a
— fideiussoria **134**[5]
— iuratoria **134**[4]
— necessaria **134**[5]
— pigneraticia **134**[6]
— usufructuaria **204**[1. 5], beim uneigentlichen Nießbrauch **206**[3], beim usus **207**[9]
Cautionen 134
Cautionsbestellung durch Geld **226a**[2]
Cessante ratione legis cessat lex ipsa **22**[6]
Cessio legis (der Pfandforderung) **233a**[1]
Chicane 121 zu Note 3 **169**[6] **195**[12] **235** zu Note 22 **241**[1].
Civilis cognatio **56a**
— computatio **103**[6]
— possessio **148**[12]
Civität, Verlust **55**[8]
Clausula generalis **119**[3]
— rebus sic stantibus **98**[5]
Clementinen 5 Ziff. 1.d
Cloake 159 zu Note 6a **164**[14]
Codex (repetitae praelectionis), Zeit seiner Entstehung **3**[1], Geltung **26**[2]
Cognatio, Begriff **56a** zu Note 1
— naturalis, civilis, legitima **56a**[1]
— spiritualis **56a**[7]

Collegium 57[4], Erbunfähigkeit 58[2]
Collision der Rechte 121[4], der Waldservituten mit der Forstkultur 209[12]
-- örtliche, der Gesetze (collisio statutorum) 34[2]
Commentatoren 7 zu Note 2a
Commercium 147[1]
Commixtio 189 Ziff. 2
Commorienten 53 a. E.
Communio, Gegensatz zur Corporation 58[3]
— pro diviso 142[2]
— pro diviso 142 Ziff. 4 169a
Compossessio 152[11]
Computatio temporis (civilis und naturalis) 103[6]
Conceptionsfristen 56b zu Note 3
Concludente Handlungen 72[9. 10]
Concubinat 57b[7]
Concurrenz der Klagen 121[9]
Concurs, römischer 233 Ziff. 2.a
Condemnation des Klägers? 127 zu Note 2
Condemnationsanspruch 124[1]
Condicio, im Allgem. s. „Bedingung"
— Bedeutung des Wortes 86[1. 2]
— casualis 92[4]
— derisoria 94[15a]
— impleta, expleta, exstitit, defecit, exstincta 88[1]
— impossibilis 87 zu Note 4 94
— iurisiurandi 94[15]
— mixta 92[4]
— potestativa 89[14] 92[4]
— quae tacite inest 87[7]
— si volueris 93
— turpis 94[9]
Condictio, als Gegensatz zu der actio bonae fidei 46[4]
— aus der Specification 187 a. E.
— aus der Verbindung 190
— ex canone (Redintegranda) 162a[1]
— possessionis 161 162a[4]
— sine causa bei der Voraussetzung 97[4]
Condicionis implendae gratia 179[1]
Condictionenschutz gegen Entziehung des Besitzes 161
Condominium 169a[2]
Confirmatio 83[8] 172[7]
Confusio 189 Ziff. 2, als Endigungsgrund der Servituten 215 Ziff. 3, des Pfandrechts 248 Ziff. 4
Consanguinei 56a[6]
Consolidatio beim Nießbrauch 215[9]
Constitutio personalis 135[1]

Constitutum possessorium **155** zu Note 8—8c **172**[22]
Construction eines Rechtsverhältnisses **24** a. E.
Consuetudo im Allgem., s. „Uebung"
— legitime (canonice) **praescripta 16**[1]
Consumere 186[16]
Consumption, processualische **124**[1] **130**[24a]
Continuum tempus 104
Contradictum iudicium 17[1]
Contrectatio 157[6]
Convalescenz der Rechtsgeschäfte **83**[1]
Conventio 69[2]
Conversion der Rechtsgeschäfte **82** Ziff. 5
Corporation, Begriff **57** Ziff. 1, Entstehung **60**, ist staatliche Verleihung der Rechtsfähigkeit erforderlich? **60** zu Note 2—6, sind die einzelnen Glieder oder deren Einheit Subjekt der Rechte und Verbindlichkeiten? **58**[3], Handlungsfähigkeit **59**, Vertreter **59** zu Note 1a, Verfassung **59** zu Note 3—6a, Lasten und Schulden **59**[6], Beschlüsse der Mitglieder (Majorität oder Einstimmigkeit) **59**[3—6a] **61** Ziff. 1.b **62** Ziff. 1, Delicte der Vertreter, Haftpflicht **59**[7—10], Ende **61** Ziff. 1, Schicksal des Vermögens nach dem Ende **62**
Corpus 57[4] **137**[4], beim Besitz **153**[1]
— iuris civilis, Ausgaben **4**, Eintheilung **3** zu Note 1
— iuris canonici clausum, Bestandtheile **5** Ziff. 1, Eintheilung und Citirart **5**[1. 2]
Creditbypothek 242 Ziff. 3
Cuiacius 8[1]
Culpa, Begriff **101** zu Note 5. 7, Grade der culpa **101** Ziff. 3, levis **101**[10 a. E.], levissima **101**[8], lata **101**[10], culpa lata dolus est **101**[10. 10b]
— in eligendo **59**[10], in contrahendo **78**[8]
Cultur, als Eigenthumserwerbsart **174**[5]

D.

Dampferregung, Eigenthumsstörung? **169** Ziff. 1
De eadem re ne bis sit actio **124**[1]
Declaratorische Rechtssätze **27** zu Note 5
— Wirkung der Todeserklärung **53**[1]
Decretalen Gregor's IX. **5** zu Note 1a
Decretum divi Marci **123**[3]
— Gratiani **5** Ziff. 1.a
Deduction der Dienstbarkeiten **212** Ziff. 7
Dejection 169 Ziff. 1
Delation des Eides **133** zu Note 12
Delict 101 Ziff. 2
Demens 54[11]
Denuntiation, beim Nießbrauch an Forderungsrechten **206**[14 a. E.], des Gläubigers vor dem Verkaufe der Pfandsache **237** Ziff. 1, bei verpfändetem Forderungsrechte **239** Ziff. 2

Dereliction 191 zu Note 1, der Dienstbarkeiten **215**[11]
Derelinquirte Sachen, Eigenthumserwerb **184** Ziff. 3
Derivativer Erwerb **66**[3]
Descendenten, Begriff **56a**
Desidia 101[7]
Desuetudo 18[1]
Detention 148 zu Note 10
Deutsches Recht **2** zu Note 5
Dicta Gratiani **5** Ziff. 1.a
Dieb, hat kein Retentionsrecht wegen Verwendung **195** zu Note 3
Dienstbarkeiten, Begriff **200**
— Begründung derselben **212—214**, Bestellung durch den Eigenthümer **212**, der Begründungsvertrag **212** Ziff. 1—7, Tradition erforderlich? **212** zu Note 1, unter Bedingung, Befristung **212** Ziff. 6, Bestellung durch den Miteigenthümer **212** zu Note 3. 4, durch den Emphyteuta und Superficiar **212** zu Note 2, Begründung durch Vorbehalt bei der Eigenthumsübertragung **212** Ziff. 7, durch Ersitzung **213**, durch den Richter **214**, unmittelbar durch Gesetz **214**
— Aufhebung derselben **215 216**, durch Confusion und Consolidation **215** Ziff. 3, durch Vertrag (Verzicht?) **215** Ziff. 4, Erlöschen der einer juristischen Person zustehenden D. **215** zu Note 6. 8, Verjährung **216**
— verschiedene Arten von Dienstbarkeiten **201**, s. auch „servitus"
— Felddienstbarkeiten, s. daselbst
— Gebäudedienstbarkeiten, s. daselbst
— Grunddienstbarkeiten, s. daselbst
— persönliche **201** Ziff. 2 **202**, s. auch „Personalservituten"
— positive (affirmative) und negative **201** Ziff. 1
— ständige und nicht ständige **201** Ziff. 3
— unregelmäßige (anomale persönliche) **202**[2] **210**[2 a. E.]
— Besitz der Dienstbarkeiten **213** Ziff. 1. 2. 3
Dienstbarkeitsanspruch (-klage) **217**
Dienste eines Sklaven oder Thieres (operae) **208**
Dies a quo — ad quem **96**[1]
— cedens **88**[1 a. E.] **96**[4]
— certus, incertus **96a**[4. 6]
— continui **104**[1]
— intercalaris **103**[3. b]
— novissimus oder extremus **103**[12]
— veniens **96**[4. 5]
— coeptus pro completo habetur **103**[16]
— utiles **104**[1]
Diligens pater familias **101**[8]
Diligentia quam suis **101**[9]
Dilucida intervalla **71**[4]
Dingliche Rechte, Begriff **38**
— Ansprüche **43. 45**

Dispositionsbefugniß 81 Ziff. 3
Dispositives Recht 30[1]
Distractio pignoris 237 238
Distrahere (Pfand) 224[6]
Dolo desinere possidere 193[5]
Dolus (Betrug) 78[1]
— causam dans 78[5. 7]
— incidens 78[5. 7]
— (Arglist) 101[6]
— als Restitutionsgrund 118
Donatio sub modo 98 Ziff. 2
Donellus 8 zu Note 2
Domicilium im Allgemeinen, s. „Wohnsitz"
— matrimonii 36[5]
— necessarium 36[5]
Dominii impetratio 173[2] 238 zu Note 4—7
Dominium 165[1]
— directum — utile 169a[9] 218[4]
— dormiens 188[12] 189[1]
— revocabile 165[8]
— usufructus, proprietatis etc. 165[1]
Doppelpfandgläubiger 241[1]
Dreizahl, erforderlich zur Entstehung von Corporationen 60[6]
Drohung 80 zu Note 1
Düngergrube 169[7]
Duplex actio 46[1.c], 127[2]
Duplicatio 48 zu Note 1

E.

Edictalverfahren bei Todeserklärungen 53 zu Note 1
Edictum de calumniatoribus 80[7]
Ehe, Sitz derselben 35 zu Note 10a
— putative 56b zu Note 5
Ehefrau, gesetzliches Pfandrecht derselben wegen der Dos 232 Ziff. 6 244 Ziff. 5 246 Ziff. 2
Ehegewinn 232[5] 244[6]
Ehemann, gesetzliches Pfandrecht desselben wegen der Dosforderung 232 Ziff. 7.
Ehre, bürgerliche 56
Ehrenminderung 56 Ziff. 1. 2
Ehrenrechte, bürgerliche 56 zu Note 7
Ehrlosigkeit, s. „infamia"
Eid, Einfluß desselben auf die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte 83a
— als Beweismittel 133 Ziff. 2.b
— als Caution 134 zu Note 4
Eigenmacht 123 148 Ziff. 1a.

Eigenthumsanspruch 192—199, wegen Vorenthaltung der Sache 193—197 (im Einzelnen s. „rei vindicatio"), wegen Eingriffs 198 (im Einzelnen s. „actio negatoria")
Eigenthumsbeschränkungen 169
Eigenthumsklage, s. „Eigenthumsanspruch"
Eigenthumsrecht, Begriff 38 a. E. 167, Gegenstand 168, gesetzliche Beschränkungen 169
— Erwerb, Uebersicht 170, durch den Willen des bisherigen Eigenthümers 171, durch Richterspruch 173, durch Gesetz 174, durch Tradition, s. „Tradition"
— Erwerb an herrenlosen Sachen (Occupation) 184, an neu entstandenen Sachen 185, an organischen Erzeugnissen (Frucht) 186, an Arbeitsproducten (Specification) 187, durch Verbindung (accessio) 188—190
— an Bergwerken 168[1a], an Rechten 48a[5] 168 zu Note 1, an Fossilien 168[2]
— bonitarisches und civiles 173[3]
— geistiges 137[10] 168 zu Note 1a
— Ober- und Untereigenthum (nutzbares) 169a a. E.
— Verlust 191
Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat 133[1]
Einbauen, Eigenthumserwerb 188 Ziff. 1.c
Einpflanzen 188[7]
Einreden, Begriff und Arten 47 (s. auch „exceptio")
— der abgeurtheilten Sache, s. „exceptio rei iudicatae"
— gegen die rei vindicatio 197
— materielle 47 a. E.
— processualische 47 a. E. (s. auch Proceßeinreden)
— rechtsverfolgende 47[1]
— verjährbar? 112 zu Note 6—8
— welche auf den Sondernachfolger übergehen 172[21]
Einsäen 188[7]
Einstimmigkeit bei Corporationsbeschlüssen 59 zu Note 5a 61[2] 62 Ziff. 1
Einstweilige Verfügungen 134 a. E.
Eintrag in das Hypothekenbuch 242[2]
Einweisung in den Besitz 233 Ziff. 2, s. auch „missio"
Einwilligung desjenigen, über dessen Vermögen ein Anderer verfügt hat 81 Ziff. 3
— des Curators 71[8]
Einziehung (strafrechtliche) 174[1]
Elterliches Verhältniß, Sitz desselben 35 Ziff. 4
Emancipatio 95[2]
Emblemata Triboniani 25[3]
Emphyteusis 218—222, Anwendbarkeit im modernen Recht 218 zu Note 3, geschichtliche Entwickelung 218[5]
— Rechte des Emphyteuta 219, Fruchterwerb 219 zu Note 3 186[5]

Emphyteusis, Vererblichkeit **219** zu Note 4, Veräußerlichkeit **219** zu Note 5, Zusammentreffen mit dem Eigenthum **219**^{b}, Rechtsmittel **219** zu Note 9—12
— Verpflichtungen des Emphyteuta **220**, jährliche Abgabe **220** zu Note 3
— Veräußerung **220** a. E.
— Begründung **221**, Uebertragung einer bestehenden E. **221** a. E., Ersitzung der E. **221** zu Note 6—8a
— Beendigung **222**, durch einseitiges Aufgeben des Berechtigten? **222** zu Note 3, durch Verwirkung (Privation) **222** Ziff. 4
— Bestellung und Aufgabe von Grunddienstbarkeiten **212** Ziff. 5 **215** zu Note 12, Pfandrecht an derselben **227** zu Note 3 **239** zu Note 2
Endigung der Rechte **63**, s. Aufhebung, Verlust
Entmündigung **71**$^{3.9b}$
Entsagung, s. Verzicht
Entscheidungsgründe, Rechtskraft derselben **136** Ziff. 6
Entstehung der Rechte **63**, s. auch Erwerb
— der juristischen Personen **60**
Entwehrung der erstandenen Pfandsache **233**^{4} **237**$^{21.22}$
Entwendung macht die Sache unersitzbar **182** zu Note 6
Epitome Iuliani **3**^{6}
Erbpacht **223**$^{4.12}$
Erbrecht bei örtlicher Collision der Rechte **35** Ziff 5
Erbzinsrecht **223**^{12}
Erfüllung der Bedingungen **90—92**
Erfüllungseid **133**^{13}
Ergänzendes Recht **30**^{1}
Erhebung der Klage, s. Klagerhebung
Erlaß der Bürgschaftsstellung beim Nießbrauch **204** zu Note 9
— des Canon bei der Emphyteuse wegen geschmälerten Fruchtertrags **220** zu Note 7
— des Pfandrechts durch den Gläubiger **248** Ziff. 1
Erlaubende Rechtssätze **27** zu Note 7
Errantis nulla voluntas **78**^{1a}
Error im Allgemeinen, s. „Irrthum"
— facti, iuris **79a** zu Note 2. 3
— in substantia **76a** unter e
Ersitzung **175—183**
— ordentliche, Erfordernisse derselben: Besitz **175a—182**, redlicher Besitz (bona fides) **176 177**, gerechtfertigter Besitz (Titel) **178 179**, Dauer des Besitzes (Ersitzungsfristen) **180 181**, Ausnahmen, wo ordentliche Ersitzung unzulässig **182**
— Ruhen der Ersitzung **181** zu Note 1
— Unterbrechung **180** zu Note 6—8, eine Unterbrechung tritt nicht ein durch den Tod des Besitzers **156** a. E.
— außerordentliche **183**
— der Dienstbarkeiten **213**
— der Dotalsachen gegen die Frau beginnt erst mit dem Anfall an dieselbe **182** zu Note 13

Ersitzung der Emphyteuse **221** zu Note 6—8a
— der Freiheit von Dienstbarkeiten **216** zu Note 2 6—10, der Freiheit vom Pfandrecht **248** Ziff. 3
— translative **221**[6]
— von Bestandtheilen **152** zu Note 6, **175a** zu Note 2
Erwerb der Rechte **66**, abgeleiteter **66** zu Note 1a, derivativer **66**[3], originärer **66**[3], selbständiger **66** zu Note 3
— des Besitzes **153 154**, durch Stellvertreter **155**, an Rechten **163**
— der Dienstbarkeiten **212**
— des Eigenthums **170**
— der Emphyteusis **221**
— des Pfandrechts **229**
— der Rechte an Sachen **165** zu Note 2
— der Superficies **223**
Erwerbgrund 165[2]
Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften **58**[5 a. E.] **60**[2 a. E.] **60**[5]
Erzeugnisse, organische **144 186**
Erzeugung 52
Essentialia negotii **85**[1]
Eventualmaxime 197[1]
Eviction s. „Entwehrung"
Exceptio, Begriff, s. „Einrede"
— civilis **47**[7]
— doli (generalis s. praesentis) **47**[7], wegen Betrugs **78**[6], gegen den Singularsuccessor **78**[6 a. E.], aus der Voraussetzung **97**[4], des Pfandgläubigers **230**[8]
— dilatoria **47**[3]
— excussionis personalis beim Pfande **235**[19. 20]
— excussionis realis beim Pfande **235**[21]
— ex iure tertii **186**[16]
— in factum **47**[7] **97**[4]
— in rem und in personam **47** zu Note 5. 6
— in rem scripta **45**[6], **80** zu Note 5
— litigiosi **125**[6]
— litis pendentis **124**[1 a. E.]
— metus **80**
— peremptoria **47**[3]
— perpetua **47**[3]
— personae, rei cohaerens **47**[6]
— praeiudicii **121**[11]
— praetoria **47**[7]
— quod metus causa **80** zu Note 4. 5
— rei in iudicium deductae **124**[1] **130**[22]
— rei iudicatae **129**[6], **130**, ihre negative und positive Function **130** zu Note 22—26, gegenüber einem neuen Erwerbsgrund **130** Ziff. 2
— rei venditae et traditae **172**[5] **197** zu Note 4—6 **199**[13]

Exceptio servitutis **212** Ziff. 7
— spolii **162**[3]
— sub- et obreptionis **136**[7]
— temporalis **47**[3]
— utilis **47**[7]
Ex fide bona **46**[4]
Expressa (non) causa **130**[6]
Extraordinaria persecutio **46**[1. a]
Extraordinarium auxilium **114**[5]
Extravagantes 5[3]

F.

Facultas alternativa **125**[11]
Facultates **42**[1]
Fahrläſſigkeit, ſ. „culpa“
Fahrweg **211**[3]
Fälligkeit der Klagforderung erſt während des Proceſſes **128**[6 a. E.]
— der Schuld iſt Vorausſetzung des Verkaufsrechts beim Pfand **237** Ziff. 1
Familia, Verluſt derſ. **55**[8] **56a.**
Familienrechte **39** Ziff. 2
Familienſtiftung **57**[8. 11]
Fatuus **54**[13]
Fauſtpfand **224**[3] **234** i. A.
Favor dotis, testamentorum **84**[5. 6]
Fehlgeburt **52**[5]
Feindlicher Einbruch **109** a. E. **182** Ziff. 4. c
Feindliche Sachen, Eigenthumserwerb **184** Ziff. 5
Felddienſtbarkeiten, Begriff und Unterſchied von den Gebäudedienſtbarkeiten **210** **216**[2], die einzelnen Felddienſtbarkeiten **211**
Feldgrundſtücke **139** zu Note 4
Fenſterrecht **211a**[8]
Ferruminatio **189**[1]
Feſtſtellungsklage **45** Ziff. 3 **122**[7] **198**[8. 9], über Incidentpunkte **130**[21 c]
Feſtungswerke **146**[17]
Fictionen **67**[5]
Fictus possessor **125**[1] **193**[8] **196**[8]
Fides bona, ſ. „bona“
Fiducia **224**[2] **233a**[1 a. E.]
Finder des Schatzes **184** zu Note 9
— verlorener Sachen **184** zu Note 7
Fingirte Perſon **49** zu Note 7
Fiſchereirecht **146**[12] **184** Ziff. 2
Fiscaliſche Caſſen **58**[2a]
Fiscus, als juriſtiſche Perſon **57** zu Note 7, **58** zu Note 1a, Privilegien deſſelben **58**[1a], bei Veräußerungen durch denſelben erlöſchen die Rechte

an der Sache **165** zu Note 6, gesetzliches Pfandrecht desselben **232** Ziff. 1 **244** Ziff. 3 **246** Ziff. 1
Fiscus semper habet ius pignoris **232**[1]
Florentina (lectio) **4**[7]
Flumen publicum, Benutzung desselben **169**[13]
— privatum **146**[7]
Flußbett, verlassenes **185** Ziff. 2
Flüsse, öffentliche und private **146** Ziff. 3
Forderungsrecht, Begriff **39** a. E.
Formalcontracte 46[5]
Form der Willenserklärungen (Rechtsgeschäfte) **72**
Forum contractus **35**[9]
— delicti commissi **35**[9]
— rei sitae **35**[9]
— solutionis **35**[9]
Fossilien, Eigenthum an denselben **168** a. E., Nachgrabungen müssen gestattet werden **169** Ziff. 10
Frauen, ihre private Rechtsstellung im Allgemeinen **54** zu Note 2, Rechtsirrthum **79**[9]
Freiheit, Verlust **58**[8]
Fremde 55 zu Note 5
Fremde Sachen, Rechte an solchen, Begriff **38** a. E.
Fremdlingsrecht 55[6]
Fristen, Berechnung **103** Ziff. 2
— Anfangs- und Schlußmoment **103** Ziff. 2.a. 1 u. 2
Fructuarius 203[4]
Fructus 144[5], als persönliche Dienstbarkeit ohne usus **202**[1], civiles **144**[11], naturales **145**[11]
Früchte 144, Eigenthumserwerb an solchen **186**, Erwerb des redlichen Besitzers **186** zu Note 7, des Emphyteuta **219** zu Note 3, beim Nießbrauch **203** zu Note 4—9, im Processe (Proceßfrüchte) **124** Ziff. 1, juristische **144** a. E. **203**[7. 9], natürliche **144** a. E., **203**[6. 8]
Fruchtgenuß, kann derselbe für sich Inhalt einer persönlichen Dienstbarkeit sein? **202**[1]
Fundata intentio **2**[2]
Funddiebstahl 184[7]
Fundlohn 184[7]
Fundus 139 zu Note 2. 3. 4
— fundo servit **201**[5]
— vicinus **209**[9]
Furcht 80 118
Furiosus 54[11. 12]
Furtivität hindert die Ersitzung **182** zu Note 6, Heilung der F. **182** zu Note 10
Furtum 161[9] **184**[7] **234**[3] **235**[5] **241**[5]
Fußweg 211[3]

G.

Gattungssachen 141
Gebäudedienstbarkeiten, Begriff und Unterschied von den Felddienstbarkeiten 210 216[2], die einzelnen Arten 211a
Gebäudegrundstücke 139 bei Note 4
Gebiet des Rechts, zeitliche Grenzen 31
— räumliche Grenzen 34
Gebietende Rechtssätze 27 zu Note 1
Gebietendes Recht 30[1]
Gebrauchsrecht 200[2] 207, Inhalt und Umfang 207 zu Note 3—6, Untheilbarkeit 207 a. E., Cautionspflicht 207 zu Note 11, G. an einem Walde 207 zu Note 6
Geburt, als Beginn der Rechtsfähigkeit 52
Gegenansprüche gegen die rei vindicatio 195
Gegeneinrede, s. „replicatio"
Geisteskrankheit 54 a. E. 73 Ziff. 1
Geistesschwachheit 54 a. E.
Geistiges Eigenthum 137[10] 168 zu Note 1a
Geld, als verbrauchbare Sache 140 a. E., als vertretbare 141 zu Note 3, Vermischung des Geldes 189 zu Note 8, Pfandrecht am Gelde 226a[2]
Gemälde 189[6]
Gemeinden, als juristische Personen 57[2a]
Gemeines Recht 1 zu Note 1. 2
Genehmigung 74 zu Note 3—9 83 zu Note 5, rückwirkende Kraft 74 zu Note 6, 83 zu Note 6. 10, als „Einwilligung" s. daselbst, als „Bestätigung" s. daselbst
Generalhypothek 242[10]
Generalis clausula 119[3]
Generalpfand 228[1]
Generalvollmacht 74[2]
Genossenschaften, als juristische Personen 57[2a] 58[5 a. E.]
Genossenschaftsregister 60[5]
Genus 141[1]
Geräusch 169[20]
Gerichtsgebrauch 16 zu Note 6
Germani 56a[6]
Germanisten 10 zu Note 3. 4
Gerüche 169[20]
Gesammteigenthum 169a zu Note 6
Gesammtheit, s. universitas
Gesammtnachfolge 64 zu Note 5
Geschlecht, Einfluß desselben auf private Rechtsverhältnisse 54
Geschlechtsunreife 54 zu Note 6
Gesetz, Begriff 14 zu Note 1, Prüfungspflicht des Richters? 14[2], rückwirkende Kraft 32 33, örtliche Collision der Gesetze 34 35

Gesetzgeber 14 zu Note 1a
Gesetzliche Dienstbarkeiten 169[2]
— Pfandrechte 231. 232
Gesta 72[4]
Geständniß 133[3]
Gesundheit, Einfluß derselben auf private Rechtsverhältnisse 54 a. E.
Gewalt 169 Ziff. 1
Gewaltsrechte 39 Ziff. 1
Gewässer 146 Ziff. 3
Gewohnheitsrecht, Begriff 15, Grund seiner Verbindlichkeit 15, Erfordernisse der Entstehung 16, Dignität gegenüber dem Gesetzesrecht 15[4], Beweis des G. 17 zu Note 2, Erkenntniß des G. 17, Kraft des G. 17 zu Note 2, gemeines deutsches 5 Ziff. 3, particulares und gemeines 15[3], seine Geltung in den Particulargesetzen 18[4], kann die Kraft des Gewohnheitsrechts durch Gesetz ausgeschlossen werden? 18 zu Note 3
Glaube, guter, s. „bona fides"
Glossa ordinaria 3[3]
Glossatoren 7 zu Note 2
Glosse 3[3]
Grabstätten 147 zu Note 2, Weg zu denselben 212[6] 216 a. E.
Grade der culpa 101 zu Note 8
— der Verwandtschaft 56a
Greisenalter 54 zu Note 3
Grenzstreitigkeiten, Berufung auf Ersitzung ausgeschlossen 8 a. E.
Großjährigkeit 54[8 a. E.]
Großjährigkeitserklärung 54[10] 117 zu Note 4 120[11]
Grundbücher 165[7] 171[2] 212[1 a. E.] 215[9 a. E.] 221[3 a. E.] 225[15. 16]
Grunddienstbarkeiten 201 Ziff. 2, allgemeine Grundsätze 209, Vicinität 209 Ziff. 4, Untheilbarkeit 209 Ziff. 8, perpetua causa 209 Ziff. 3, müssen civiliter ausgeübt werden 209 Ziff. 5, Feld- und Gebäudedienstbarkeiten 210, Collision mehrerer untereinander bez. mit dem Eigenthume 209 Ziff. 6, Erwerb derselben 212 Ziff. 5, die einzelnen Fälle 211 211a, unregelmäßige (irreguläre) 210[2 a. E.]
Grundschuld 225[18]
Grundstück 139 zu Note 2, herrschendes 201[5 a. E.]
Grundzins 220[3] 233[11]
Guter Glaube, s. „bona fides"

H.

Habitatio 208, geht nicht durch Nichtgebrauch unter 216 a. E.
Haeretici, s. „Ketzer"
Halbbürtige 56a zu Note 6
Handelsgesellschaft, offene 58[5 a. E.]

Handelsrecht 6[1]
Handelsregister 60[5]
Handgeschenk 171[5]
Handlohn 220[5]
Handlungen, juristische **67 68**
— unerlaubte **101**
Handlungsfähigkeit **71**, der verschiedenen Altersstufen **71** Ziff. 3. 4, beschränkte **71** zu Note 2, der juristischen Person **59**
„Hand muß Hand wahren" **196**[1]
Hastam rectam ferre **211**[3]
Haupteid **133**[12]
Hauptsache **189** zu Note 6
Hauskinder, Beschränkung ihrer Rechtsfähigkeit **55** zu Note 7. 8
Hausunterthänigkeit **55**
Heerde, Vindication derselben **137**[6], als Nießbrauchsobject **203**[11] **204**[3], als Gebrauchsobject **207**[6], Verpfändung **226a**[4]
Hermaphroditen **54**[2a]
Herrenlose Güter fallen an den Staat **62** zu Note 2
— Sachen, Eigenthumserwerb **184**
Herrschendes Grundstück **201**[5 a. E.]
Historische Schule **9. 10**
Höchstpersönliche Rechte **39**[1]
Hugo **11**
Hülfscassen **60**[2 a. E.]
Hyperocha **237** zu Note 25 **241** zu Note 1
Hypotheca **224**[2]
Hypothek, im Allgemeinen s. „Pfandrecht"
Hypothekarische Succession **233a 233b 249** Ziff. 1.a
Hypothekenrecht, modernes (Hypothekenbücher) **225** a. E. **229**[3] **241**[7 a. E.] **242**[2] **249**[11]

J.

Iactus missilium **172**[11]
Jagdrecht **184** Ziff. 2
Jahr, Berechnung **103** Ziff. 2.d
Ignominia **56**[2]
Ignorantia facti, iuris **79a**
Illata, s. „invecta"
Immemorialverjährung **113**
Immission **169** Ziff. 1
Impensae necessariae **195**[2]
– utiles **195** zu Note 6
— voluptuariae (voluptuosae) **195**[10]
— bei der rei vindicatio **195**
Imperativ **27**[1] **37**[1]

Impetratio dominii **173**[2] **238** zu Note 4—7
Implantatio **188** Ziff. 1.b
Imploration **122**[7] **129**[1]
Improba usucapio pro herede **124**[5] **179**[3]
Impubertas **54**[6]
Inaedificatio **188** Ziff. 1.c
Incidentfeſtſtellungsklage **130** zu Note 21c
In diem **96**[1]
In dubio mitius **21** zu Note 8 **84**[4]
Infamia **56** zu Note 2, facti und iuris **56**[2], immediata und mediata **56**[3] a. E., Geltung im heutigen Rechte? **56** zu Note 5
Infantia **54**[1]
Infantiae proximus **54**[7]
Infortiatum **4**[2]
In fraudem legis **22**[2] a. E. **70** zu Note 2
Inhaberpapiere, Vindication **196**[1]
Inhabung **148** zu Note 10
In integrum restitutio **114—120**, ſ. auch „Wiedereinſetzung"
In iure cessio **171**[3]
Innungen **60**[2] a. E.
In pendenti esse **67**[2]
In re pari potior causa est prohibentis **169a**[3]
Insania **54**[13]
Inſinuation, gerichtliche **72**[4]
Inſtitutionen **3**[1]
— Verhältniß zu den Digeſten und dem Codex **26**
Instrumentum publicum (quasi publicum) **245**[2]
Insula in flumine nata **143**[10] **185** Ziff. 1 **188**[2] **226a** zu Note 12
— in mari nata **184** zu Note 3
In suspenso esse **67**[2]
Intentio fundata **2**[2]
Interdictenbeſitz **148** zu Note 5
Interdictenſchutz **148** zu Note 5
Interdiction, ſ. „Verſchwender"
Interdictum, Gegenſatz zur actio **46**[1.b]
— adipiscendae possessionis **158**[2]
— de aqua quotidiana et aestiva **164**[8]
— de arbonibus caedendis **169**[10]
— de clandestina possessione **160**[2]
— de cloacis **164**[14]
— de fonte **164**[13]
— de glande legenda **169**[9]
— de itinere actuque privato **164**[3] **213**[5]
— de itinere reficiendo **164** Ziff. 3.a
— de migrando **236**[4]
— de precario **160**[17] **164**[1]

Interdictum de rivis **164**[12]
— de superficiebus **164**[1]
— de vi **169** Ziff. 1
— duplex **159**[8]
— prohibitorium **169**[21]
— quod vi aut clam **213**[5]
— recuperandae possessionis **158**[2]
— retinendae possessionis **127**[2] **158**[2] **159**[11]
— Salvianum **236**[5]
— secundarium **159**[5 a. E.]
— unde vi **160** Ziff. 1 **164**[1]
— uti possidetis **159**[2], als interdictum duplex **159**[8], mit recuperatorischer Wirkung **159**[10]
— utrubi **159**[2] **160**[4] **181**[3. 5. 10]
Interesse 101 a. E.
Interimswirthschaft 202[3]
Internationales Privatrecht **34**[2]
Interpolationen 25[3]
Interpretatio duplex **25**
Interpretation s. „Auslegung"
Interruptio possessionis, ususcapionis **180**[6. 7]
— temporis **108**[1a]
Inter vivos, Rechtsgeschäfte **69**[6]
Invecta et illata 231[5] **242**[9] **244** Ziff. 1
Inventar, muß der Nießbraucher ein solches errichten? **204**[6]
Irnerius 7[2]
Irrthum 76—79a, unächter **76**[1], wesentlicher **76**[9] **76a**, über Identität **76a**, über Person, Sache **76a**, über Eigenschaften **76a** unter e
— als Mißverständniß (Dissens) **77**
— bei Verträgen **77**
— im Beweggrunde (Betrug) **78 98**[6]
— Entschuldbarkeit **76** zu Note 10 **77** a. E. **78** a. E. **79a 178**[1]
— factischer und Rechtsirrthum **79a 178**
— als rechtserzeugendes Element **79**
— Einfluß des Irrthums auf die Entstehung des Gewohnheitsrechts **16** Ziff. 4
— als causa restitutionis **118** a. E.
Iter 211[3]
— ad sepulcrum **212**[6] **216** a. E.
— aquae **211**[6]
Juden 55 zu Note 3—4a, jüdisches Recht **55** zu Note 4a
Iudicium bonae fidei **78**[6]
— fiduciae **46**[1]
— rescindens, rescissorium, restitutorium **120**[9]
Judicatszinsen 129 zu Note 5a
Iura in re (aliena) **169**[1]
Iuramentum, s. iusiurandum

Iuramentum Zenonianum **160**[10]
Iura novit curia **14**[3] **133**[2]
— praediorum **201** Ziff. 2
— singulorum gegenüber der Corporation **59** zu Note 6a
Juratorische Caution **134**[1]
Iuris forma **30**[1]
— ignorantia nocet **79a** zu Note 3
— nomen **42**[6]
— quasi possessio, s. „possessio"
Juristenrecht **16**[8]
Juristische Berechnung der Zeit **103**[6]
Juristische Person, Begriff, Name und Gegensatz zur natürlichen Person **49** Ziff. 2 **57**, Arten **57**, als Rechtssubject **58**, Privilegien derselben **58**[1a], Handlungsfähigkeit **59**, Vertreter **59** zu Note 1a, Delicte der Vertreter, Haftpflicht **59**[7–10]
— Entstehung **60**
— Ende **61**, Schicksal des Vermögens nach dem Ende **62**
— ihre persönlichen Dienstbarkeiten erlöschen nach 100 Jahren **215** zu Note 6. 8
Juristische Thatsachen **67**
Juristischer Besitz, s. „Besitz"
Ius aequum, s. „billiges" Recht
— cogens **30**[1]
— commune **29**[1], **30**[1]
— constitutum **92**[8]
— dispositivum **30**[1]
— distrahendi beim Pfandrecht **237**
— futurum **67**[2]
— incertum **1**[4]
— in fundo vectigali **218**[5]
— in re **38**[4]
— in re aliena **165**[1]
— offerendi des nachstehenden Pfandgläubigers **233b** Ziff. 4, des vorgehenden **233b**[14]
— possessionis **150**[2]
— possidendi beim Pfandrecht **234**
— protimiseos bei der Emphyteusis **220** a. E.
— publicum **30**[1]
— quod pertinet ad personas **40**[2]
— singulare **29**[1. 3]
— tollendi **195** zu Note 4. 11. 12
Iusiurandum in litem **133**[14] **235**[7]
— necessarium **133**[13]
— purgatorium **133**[13]
— suppletorium **133**[13]
— voluntarium **133**[12]

Iusta causa i. i. restitutionis 116 fg.
— traditionis **171**[5] **172**[16a]
Iustus titulus bei der Ersitzung **178**

K.

Kaiserrecht 2[3]
Kalendertage 103 Ziff. 1. 2.a
Kauf auf Probe **93**[1. 3. 6]
Kaufpreis, bis zur Zahlung oder Stundung geht Eigenthum an der Kaufsache nicht über **172** zu Note 19
Keller, Superficies an einem solchen **223**[21]
Ketzer 55[1]
Kinder, leibliche und adoptirte **56a**[7], eheliche und uneheliche **56b** a. E.
Kindheit 54[4]
Kirche, als juristische Person **57**[6], einzelne Bestimmtheiten **110**[2] **117**[9] **171**[2] **182**[4] **232**[17. 18]
Klage, Bedeutung des Wortes **44**[4]
— doppelseitige **127**[2]
Klagenconcurrenz 121[9–11]
Klagenverjährung 106
Klagerecht 122[5]
Klagerhebung 126 a. E.
Kleider 140[2] **206**[6]
Klosterpersonen 55 a. E. **152**[1 a. E.]
Kosten des Processes **127**[2]
Krankheit 54 a. E. **71**[5]
Kriegsbefestigung 126[1]
Kriegsbeute 184[13]
Kritik 21[1]
Kritische Zeit **56b**[3]
Kündigung, als Voraussetzung der actio nata **107**[5. 9]
Küste 146 Ziff. 2

L.

Ladung 126[2] **108**[4]
Lärmerregung 169[20]
Läsion bei der Wiedereinsetzung **115**[2]
Lästige Rechtsgeschäfte **69**[5]
Landesherr 165[6] **172** Ziff. 1.b **182** Ziff. 2.b **232** Ziff. 2
Lascivia 101[10]
Laudatio auctoris **132**[2] **196**[6]
Laudemium 220[8]
Lebensdauer 53[1]
Lebensfähigkeit 52[8]
Lebenspräsumtion 53[2]

Lectio Florentina, vulgata **4**[7]
Legalservituten **169**[2]
Leges restitutae **3**[5]
Legitimation der unehelichen Kinder **56 b** a. E.
Lehnrecht, longobardisches **1**[2]
Lehnsverhältniß **218**[2]
Lehnwaare **220**[8]
Leichnam, menschlicher **147**[6]
Lex Aelia Sentia **22**[2]
— commissoria beim Pfandrechte **238**[3]
— Furia **105**[6]
— Iulia et Papia Poppaea **94**[14]
— Leonina **245**
— Plaetoria **54**[8]
— posterius derogat priori **23**[3]
— Scribonia **213**[1] **221**[7]
Liberi naturales **56 a**[7]
Liber sextus **5** Ziff. 1.c
Libertas, s. Freiheit
Lichte Zwischenräume **71**[4]
Lichtservituten **211 a** zu Note 8
Linie, gerade **56 a** zu Note 3
Litigiosität **125** Ziff. 1 **172 a** Ziff. 1.a
Litis contestatio, Wirkungen ders. **124—126,** Zeitpunkt **126**[1]
Litispendenz **124** a. E., Verjährung ders. **110**[2.c]
Locare servitutem nemo potest **209**[15]
Locus regit actum **35** a. E.
Longa manu traditio **153**[5] **154**[2]
Longi temporis possessio **175**
— — praescriptio **175** zu Note 3
Longo tempore capio **175**
Loos, Entscheidung durch dasselbe bei Collision der Rechte **121** zu Note 8
Lucida intervalla **71**[4]
Lucrativa causa **69**[5]
Lucrum nuptiale **232**[5]
Lucrum turpe **174**[1]
Lücken im Rechtsganzen **23**
Luft **146** Ziff. 1
Luftsäule **139**[3] **168** zu Note 2
Lusus perniciosus **101**[10]
Luxuria **101**[10]

M.

Mängel der Pfandsache **237**[22]
— der Willenserklärungen **70**
Mahnung, unterbricht nicht die Verjährung **108** zu Note 5

Maiores XXV annis **54**[8]
Majorität bei Corporationsbeschlüssen **59** zu Note 5
Mala fides, s. bona fides
— fides superveniens (non) **nocet 177** Ziff. 2
Malerei 189[6]
Mancipatio 95[2] **171**[3] **212**[1. 14] **215**[11]
Mannbarkeit 54[6]
Markenschutz 41[2] **42**[1 a. E.]
Mauer, Ausbauchung ders. **169** Ziff. 2, gemeinschaftliche **169a**[4]
Meer 146 Ziff. 2, Produkte desselben **184** zu Note 2
Mehrfache Verwandtschaft **56a**[5]
Mensch als Rechtssubjekt **52** fg.
Menschliche Persönlichkeit, Beginn und Ende **52 53**
Mentalreservation 75[1c. 2a]
Mente captus **54**[11. 13]
Metus als Grund der Ungültigkeit **80**
— als Grund der Wiedereinsetzung **118**
Milde Stiftung, s. Stiftung
Minderjährigkeit 54 zu Note 9 **71** zu Note 9. 9a **79a** zu Note 8 **109** zu Note 6 **182** zu Note 11 **232** zu Note 3.
Mineralien 144[8] **186**[4] **203**[6]
Minores XXV annis **54**[8]
Missilium iactus **172**[11]
Missio in possessionem **134**[8] **233** Ziff. 2 **243** a. E., damni infecti nomine **233**[13], legatorum servandorum causa **233** Ziff. 2.b, rei servandae causa **233** Ziff. 2.a, ventris nomine **233** Ziff. 2.c
Mißgeburt 52 zu Note 6
Mitbesitz 152 Ziff. 3
Miteigenthum 169a
Mobilien 139, Pfandrecht an denselben **229** zu Note 4
Modus 97[1. 2]
Monat, Berechnung **103** Ziff. 2.c
Monstrum 52 zu Note 6
Moralische Person, s. „juristische Person"
Mortis causa, Rechtsgeschäfte **69**[6]
Motive des Willens **78**
Moventia 139[1]
Mühlenregal 146[12]
Mündel 54[6], Pfandrecht **231** zu Note 10
Mündigkeit 54[6]
Mystische Person, s. „juristische Person"

N.

Nachbarrecht 169 zu Note 6
Nachfolge, s. „Rechtsnachfolge"
Nachgiebiges Recht **30 35**[8]

Nachlässigkeit **101**[7]
Nasciturus **52**[5]
Nativität der Klagen **107**[3]
Natürliche und juristische Person **49**
— Verbindlichkeit bei verjährten Ansprüchen **112** zu Note 4. 5, hinterläßt das aberkennende Urtheil eine solche? **129**[7], ferner **123**[3] **225** zu Note 8a
Naturales liberi **56a**[7] **56b** a. E.
Naturalia negotii **85**[1]
Naturalis cognatio **56a**[1]
— computatio **103**[6]
— possessio **148**[12]
Naturrecht **8** **23** zu Note 1
Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften **85** zu Note 11
Nebensache **143** zu Note 10 **189** zu Note 6
Ne bis in idem **124**[1]
Negatives Vertragsinteresse **74**[8]
Negatoria actio, s. actio
Neglegentia **101**[7]
Negotium bonae fidei **78**[5]
— claudicans **82**[8]
— nullum **82**[2] a. E.
Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest **175**[2]
Nichtausübung **105**
— der Ansprüche **106** i. A.
— der Dienstbarkeiten **216**
— der Emphyteusis **222** Ziff. 3
— der Privilegien **136a** zu Note 3
— der Superficies **223**[16]
— des Pfandrechts **248** zu Note 15
Nichtgebrauch, s. Nichtausübung
Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte **82** Ziff. 1, relative **82**[8] **172a** Ziff. 1 a. E.
Nichtigkeitsklage **82**[6]
Nießbrauch **203—206**, Recht zum Gebrauch der Sache **203** Ziff. 1, Fruchtziehung, Umfang und Art derselben **203** zu Note 4—9, Schranken, an welche die Ausübung gebunden ist (boni viri arbitratus) **203** zu Note 10—13, Aenderungen der Sache erlaubt? **203**[14], übrigbleibende Befugnisse des Eigenthümers **203** a. E.
— Verpflichtungen des Nießbrauchers **204**, Rückgabe der Sache **204** zu Note 5, Bürgschaftsstellung **204** zu Note 6—9.
— Unvererblichkeit und Unveräußerlichkeit **205** zu Note 1, Ausübung kann übertragen werden an Dritte **205** zu Note 2—5, Verpfändung des Rechts **205**[4], Theilbarkeit **205** a. E.
— uneigentlicher Nießbrauch **206**, an Rechten (Forderungen) **206** Ziff. 1, am Nießbrauch **206** Ziff. 2, an Emphyteusis und Superficies **206** a. E.
— Erstreckung des Nießbrauchs auf die Erben **215** zu Note 7
— Consolidation desselben **215**[9]

Nießbrauch, alternis annis **216**[11. 15]
— deutschrechtlicher des Ehemannes **202**[3]
Nießbraucher, Fruchterwerb desselben **186** zu Note 5
Nießbrauchssclave 203[7]
Nomen pignori datum, s. Pfandrecht
Nomina 139[5]
Nominatio auctoris **196**[6]
Nondum natus pro iam nato habetur **52**[3]
Nonusus, s. Nichtgebrauch
Norm 27[1] **37**[2]
Nota 56[2]
Notariat 56[5]
Nothweg 212 Ziff. 4
Nothwehr 123[2]
Notorisch 133[3]
Novation durch litis contestatio **124**[2], durch Urtheil **129**[5]
Novellen 3[1. 6]
Nudus usus **207**[1]
Nulli res sua servit **200**[4]
Nullität, s. „Nichtigkeit"
Nuntius 73[1. 16]
Nutzeigenthum 169a a. E.
Nutznießung, s. „Nießbrauch"
Nutzungsrecht 200[2]

O.

Obereigenthum 169a a. E.
Objectives Recht **37** zu Note 2
Obligatio futura, als Unterlage eines Pfandrechts **225**[6]
— naturalis, s. natürliche Verbindlichkeit
Observanz 19 zu Note 5
Occasio legis **21**[5]
Occupantis est melior condicio **121**[5]
Occupation 184, von Grundstücken **156** zu Note 8
Oeffentliche Sachen **146**[15. 17]
Onerose Rechtsgeschäfte **69**[5]
Onus probandi, s. „Beweislast"
Ope exceptionis **82** zu Note 3
Operae (legatae) **208 216**[16]
Optio servi **95**[2]
Opus 169[20]
Ordentlicher Mann (Hausvater) **101** zu Note 8
Ordinarium 159 zu Note 12 **162a** zu Note 2
Ordo decurionum **59**[4]
Organische Erzeugnisse **144**, Eigenthumserwerb **186**
Originärer Erwerb **66**[3]

P.

Pacta in rem — in personam **45**[4]
Pactio 69[2]
Pactiones et stipulationes, Bestellung der Dienstbarkeiten **212**[1]
Pactum antichreticum **234** zu Note 6a
— de (non) distrahendo **237**[1.5]
— de non petendo in tempus **96**[5]
— displicentiae (Kauf) **93**[3]
— reservati dominii **172**[18]
Pandekten, Zeit ihrer Entstehung **3**[1]
Pandektenrecht, Begriff **1 2**, Quellen desselben **3 4 5**, Bedeutung desselben **6**, Literatur **7—12a**, Auslegung **25**, Widersprüche **26**
Parallelstellen 4 zu Note 4
Parentes 56a[3]
Pars indivisa **142**[8]
— pro diviso **142** Ziff. 1
— pro indiviso **142**[8]
Partikulargesetzgebung in Deutschland **6**[1]
Partus 52[1.2]
— ancillae **143**[10] **144**[7] **186**[3] **203**[5]
Passivvermögen 42[3]
Pater is est, quem nuptiae demonstrant **56b**[1]
Pendet, in pendenti est **67**[2]
Pensio des Emphyteuta **220**[3], des Superficiars **223**[11]
Perception der Früchte **186** zu Note 5
Perclusion 236 zu Note 4
Peregrini 55[5]
Perpetua causa der Grunddienstbarkeiten **209** Ziff. 3
Perpetuatio (actionis, obligationis) **128**[3]
Per procuratorem etiam ignoranti adquiritur possessio **155**[9]
Persecutio extraordinaria **46**[1]
Persönliche Dienstbarkeiten, s. „Personalservituten"
— Rechte **39**
Persönlichkeit 49[6], s. ferner „menschliche Persönlichkeit"
Person, Begriff **49** Abs. 2, Person und Persönlichkeit **49**[6], persona, Bedeutung des Wortes **49**[6], juristische, s. „juristische Person"
Personalarrest 134[9]
Personalservituten 201 Ziff. 2, kann der bloße Fruchtgenuß Inhalt einer persönlichen Dienstbarkeit sein? **202**[1]
Personengesammtheiten 57 Ziff. 1
Personenrechte 40[2]
Pertinenzen 143
Petitio 45[3]
Pfändung 233 Ziff. 1, unbeweglicher Sachen **233** zu Note 5a, beweglicher Sachen **233** zu Note 5b, von Rechten **233** zu Note 5c. 5d

Pfändungsrecht als Selbsthülfe **123** a. E.

Pfandrecht, Begriff **224**, Geschichtliches **222** [2-4], ist das Pfandrecht ein dingliches Recht? **224** zu Note 6—9 **227** zu Note 8, Verhältniß zur Forderung (accessorische Natur) **225 226**, Pfandrecht für eine nicht existirende Forderung **225** zu Note 2, für eine mit Einrede behaftete Forderung **225** zu Note 3. 4, für bedingte, befristete, zukünftige Forderungen **225** zu Note 5—7, für natürliche Verbindlichkeiten **225** zu Note 8. 8.a. 11, für die Schuld eines Dritten **225** zu Note 10, Fortdauer des Pfandrechts bei Untergang der Forderung **225** Ziff. 2, remanet propter pignus naturalis obligatio **225** [13], Einwirkung des modernen Hypothekenrechts auf die accessorische Natur **225** zu Note 14—18

— bei Veränderung (Vergrößerung, Verkleinerung) der Forderung **226** zu Note 1—3, Untheilbarkeit (bei Spaltung der Forderung durch Erbgang) **226** [3], Erstreckung auf Nebenforderungen (Zinsen, Kosten) **226** zu Note 4. 5

— Gegenstand des Pfandrechts **226a 227**, Pfandrecht an baarem Gelde **226a** [2], an einem Bruchtheile einer Sache **226a** zu Note 3, an einer Sachgesammtheit **226a** zu Note 4, Erstreckung auf Accessionen, Früchte ꝛc. **226a** zu Note 5—12, Pfandrecht an dinglichen Rechten **227**, an Forderungsrechten **227** zu Note 6, am Pfandrecht **227** nach Note 6, durch Verpfändung eines noch nicht bestehenden dinglichen Rechts **227** a. E., am gesammten Vermögen **228**

— Entstehung des Pfandrechts **229**, durch Eintragung **229** zu Note 3, durch vertragsmäßige Bestellung **230**, Bestellung durch den Nichteigenthümer **230** Ziff. 3, an einer noch nicht existirenden Sache **230** zu Note 10, durch Vorbehalt bei der Eigenthumsübertragung **230** a. E., durch Rechtssatz (gesetzliches Pfandrecht) **231 232**

— gesetzliches, an einzelnen Sachen **231**, am gesammten Vermögen **232**

— richterliches **233**, Entstehung durch Pfändung **233** Ziff. 1 (s. auch „Pfändung"), durch Arrestschlag **233** zu Note 5g, durch Einweisung in den Besitz **233** Ziff. 2 (s. auch missio)

— Erwerb bestehender Pfandrechte **233a 233b**, Uebergang mit der Forderung (cessio legis) **233a** zu Note 1, Uebergang ohne die Forderung (hypothekarische Succession) **233a 233b**, ius offerendi (Auszahlung) **233b** Ziff. 4

— Inhalt des Pfandrechts, im Allgemeinen **233c**, Inhalt des Pfandrechts an körperlichen Sachen **234—238**, Recht auf Besitz der Pfandsache **234**, Recht auf die Früchte **234** zu Note 2—6, Antichresis **234** zu Note 4—6, Besitz ohne Verkaufsrecht (pactum antichreticum) **234** a. E., Klagen zum Schutze des Pfandrechts, s. actio hypothecaria, persönliche (Contracts-) Klage **236** zu Note 1, Besitzinterdikte **236** zu Note 2, interdictum Salvianum **236** [5]

— Recht des Verkaufs **237 238**, Voraussetzungen des Verkaufsrechts **237** Ziff. 1, öffentlicher Verkauf (Versteigerung) **237** Ziff. 2, Anspruch des Eigenthümers gegen Verkäufer und Käufer wegen Unredlichkeit **237** zu Note 12—14, Verkauf an den Eigenthümer **237** [11], an den

Bürgen **237** [11], Wirkung des Verkaufs (der Gläubiger überträgt Eigenthum) **237** Ziff. 3, Verpflichtung des Gläubigers aus dem Verkauf zur Tradition, und Abtretung der Pfandklage **237** [20], Haftung des Gläubigers wegen Eviction, Arglist, Mängel **237** zu Note 21. 22, Kaufpreis dient zur Befriedigung des Gläubigers **237** Ziff. 4, nicht ausreichender oder überschießender Kaufpreis (Hyperocha) **237** zu Note 24. 25

Pfandrecht, lex commissoria verboten **238** zu Note 3, Zuschlag an den Gläubiger (dominii impetratio) **238** zu Note 4—7

— Inhalt desselben an unkörperlichen Sachen **239**, an dinglichen Rechten **239** Ziff. 1, an noch nicht bestehenden Rechten **239** zu Note 5, an Forderungen **239** Ziff. 2, Pfandrecht am Pfandrechte **239** Ziff. 3

— Mehrheit der Pfandrechte **240**, bei ideell getheiltem Pfandobjekt **240** Ziff. 1, bei Pfandrechten gleichen Ranges **240** Ziff. 2. a, bei Pfandrechten verschiedenen Ranges **241** (s. weiter unten), Rechte des nachstehenden Pfandgläubigers **241**, kann der nachstehende Pfandgläubiger verlangen, daß der vorgehende seine Befriedigung aus einer anderen ihm verpfändeten Sache suche (Doppelpfandrecht)? **241** [1], Verkaufsrecht des nachstehenden Pfandgläubigers **241** zu Note 5, Nachrücken desselben **241** a. E.

— Rang der Pfandrechte (Priorität) nach dem Zeitverhältniß **242—44**, von wann datiren die Pfandrechte? das unter Bedingung oder Befristung bestellte Pfandrecht **242** Ziff. 1, das für eine bedingte oder befristete Forderung bestellte Pfandrecht **242** Ziff. 3, das für eine zukünftige Forderung bestellte Pfandrecht (Credithypothek) **242** Ziff. 3, an einem zunächst noch unbestimmten Gegenstande **242** Ziff. 4, an einer fremden oder noch nicht existirenden Sache **242** Ziff. 5, die letztwilligen Pfandrechte **243** zu Note 1, die richterlichen **243** zu Note 2—5, die gesetzlichen **244**

— Vorzug des öffentlichen Pfandrechts (lex Leonina) **245**

— Vorzug wegen Pfandprivilegien **246**, die einzelnen Privilegien **246** Ziff. 1—3, Verhältniß mehrerer Vorzugsrechte zu einander **246** zu Note 7—10, reservirte Pfandrechte **246** [11 a. E.], Uebergang des Ranges **247**

— Beendigung des Pfandrechts **248 249**, Erlaß durch den Pfandgläubiger **248** Ziff. 1, stillschweigend erklärter Erlaß **248** zu Note 3—6, Untergang des Pfandgegenstandes **248** Ziff. 2, Erstreckung auf die Versicherungssumme **248** [9], Specifikation der Pfandsache **248** zu Note 10, Verjährung des Pfandrechts (Ersitzung der Freiheit) **248** Ziff. 3, Confusion von Eigenthum und Pfandrecht **248** Ziff. 4, Pfandrecht an der eigenen Sache **248** zu Note 25 a, Untergang der Forderung **249** Ziff. 1, remanet propter pignus naturalis obligatio **249** Ziff. 1. b, Verkauf der Pfandsache **249** Ziff. 2

Pfandseparatisten 246 [11]

Pflanzen, das, Erwerb des Eigenthums **188** Ziff. 1. b

Pflanzen, die, **139** [3]

Photographien 189 [6]

Pia causa **57** [5], Privilegien derselben **58** [1a]

Pignus 224 [1] (im Allgem. s. „Pfandrecht")

Pignus im engeren Sinne (Faustpfand) **224**[2. 3]
— conventionale **230**
— generale **228**
— in causa iudicati captum **233** Ziff. 1
— insulae **231** zu Note 9
— irregulare **226a**[2]
— legale s. tacitum **231 232**
— necessarium **231 232**
— nominis, s. „Pfandrecht" an Forderungen
— pignori datum **227** nach Note 6
— praetorium **233** zu Note 6 **243** a. E.
— privilegiatum **246**
— publicum, quasi publicum **245**[2]
— tacite contractum **231**[1]
— testamentarium **243** zu Note 1
— voluntarium **230**
Pium corpus **57**[5], Privilegien **58**[1. a]
Platzrecht 223
Plumbatura 189[1]
Pönalklagen 46[3]
Popularklagen 46[2]
Possessio, im Allgem. s. „Besitz", Bedeutung des Wortes **148**[1] **150**
— ad interdicta **148**[5] **158**[2]
— amittitur vel animo vel etiam corpore **156**[1]
— animo retinetur **156**[1. 4]
— bonae fidei, s. „bonae fidei"
— civilis **148**[12]
— ficta **125**[1] **193**[8] **196**[8]
— iniusta **159**[10]
— iuris, iuris quasi **151**[1] **152**[3]
— naturalis **148**[12]
— per procuratorem etiam ignoranti adquiritur **155**[9]
— pro emtore etc. **179**
— quasi **151**
— vacua **153**[9] **160**[1]
— vitiosa **159**[2. 6] **213** Ziff. 3
Possessionem apiscimur corpore et animo **153**[1] **155**[3]
Possessorische Klagen 159 fg.
Possessorium ordinarium **159**[12] **162a** zu Note 2 **164** zu Note 16
— summariissimum **159**[12] **162a** zu Note 2 **164** zu Note 16
Possidentis est melior condicio **121**[5]
Postglossatoren 7[2a]
Postulare pro aliis **56**[5]
Potestas 39 Ziff. 1
Potestativbedingung, s. „Bedingung", „condicio"
Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum **121**[12]

Prädialservituten 210[2a. E.]
Praedium dominans 201[5]
— rusticum 139[4]
— serviens 209[4]
— urbanum 139[4]
Praeiudicium 45 zu Note 7
Praescriptio 105[1a], s. sonst „Verjährung"
— acquisitiva 105[1a]
— definita 105[7]
— dormiens 109[1] 181[1]
— exstinctiva 105[1a]
— immemorialis 105[7]
— indefinita 105[7]
— longi temporis 175 zu Note 3
— momentanea 105[6]
— temporalis 182[11]
— triginta annorum 183
Praesentes 180[2]
Praesumtio facti s. hominis 133[10]
— iuris 133[10]
— iuris et de iure 133[10]
Präsumtion des Lebens und Todes 53 zu Note 1—2, der Vaterschaft 56b
Prävention in der Ausübung der Rechte 121[5]
— beim Pfandrecht 240
Praktiker 8 zu Note 5
Praxis, s. „Gerichtsgebrauch"
Precarium 154[4] 160 Ziff. 2
Preisminderung während des Processes 124 zu Note 10
Primipilus, Pfandrecht am Vermögen desselben 246[9]
Priorität 242
— relative 247[2]
Privation (Emphyteusis) 222 Ziff. 4
Privatrecht, gemeines deutsches 1 zu Note 1
— internationales 34[2]
Privaturkunden beim Pfandrecht 245
Privilegien, Pfand-, 246
Privilegium 29 zu Note 4, 135—136a, Begründung der Privilegien 136, Beendigung 136a, Privilegien der juristischen Personen, des Fiscus, der piae causae 58[1a]
Privilegium favorabile, odiosum 29[4]
— personae, rei, causae 29[5] 135[8]
Probatio 84[7a]
— diabolica 196[3]
Processualische Consumption, s. „Consumption"
Proceß, Einfluß desselben auf das materielle Rechtsverhältniß 124—134
Proceßbeginn, Wirkungen desselben 124—126, Erstreckung des Anspruchs

auf Früchte **124** Ziff. 1, Unmöglichwerden der Leistung nach Proceßbeginn **124** Ziff. 2, Preisminderung **124** Ziff. 2, unvererbliche Ansprüche werden erblich **124** Ziff. 3, Veräußerung des Streitgegenstandes nach Proceßbeginn **125** Ziff. 1, Verlust des Wahlrechts **125** Ziff. 3, Zeitpunkt des Proceßbeginnes? **126**
Proceßeinreden **47**[8] a. E.
Proceßkosten **127**[2]
Proceßvoraussetzungen **47**[8] a. E.
Proceßzinsen **124**[6] a. E.
Procurator **74** **155**[9], im Allgem. s. „Stellvertretung", „Vollmacht"
Prodigus, s. „Verschwender"
Proprietas **165**
Proscriptio pignoris **237**[11]
Protestatio facto contraria **72**[11]
Protestation **74** zu Note 11 **108** zu Note 8. 9
Pubertas **54**[6]
— plena **54**[7]
Pubertati proximus **54**[7] **101**[12]
Publication, s. „Verkündung"
Publiciana actio, s. „actio"
— confessoria **217** a. E.
Publicität des Pfandrechts **229** zu Note 4 **235** zu Note 16a
Puchta **9** zu Note 3.
Pupillus **54**[6]
Putativehe **56b** zu Note 5
Putativtitel, s. „Titel"

Q.

Quadriennium continuum (Wiedereinsetzung) **120**[10]
Quantitätssachen **141** zu Note 2
Quantitas, Bedeutung des Wortes **141**[2]
Quasi possessio **151** (s. auch „Rechtsbesitz")
Quasitradition bei den Dienstbarkeiten **212**[1]
Quasiusufructus **206**
Quatuor doctores **7**[2]
Querela nullitatis **82**[6]
Qui dolo desiit possidere **193**[8]
Qui liti se obtulit **196** zu Note 8
Quinquagesima **220** zu Note 8
Qui suo iure utitur neminem laedit **121**[2]
Qui tacet consentire videtur **72**[10]
Quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia **3** zu Note 4
Quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest **227**[1]
Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere **83**[2], **83** Ziff. 3

R.

Räumliche Grenzen des Rechts **34 35**
Rang der Pfandrechte **242**
Ratihabitio, im Allgem. s. „Genehmigung"
— mandato comparatur **74**[5]
Ratio legis, iuris **21**[5]
Rauch, Einwirkung desselben auf das Nachbargrundstück **169** Ziff. 1 **211 a** zu Note 5
Realarrest 134[9]
Realcaution 134 Ziff. 3
Realgemeinde 57 zu Note 11 **58** zu Note 4a
Realservituten, s. „Grunddienstbarkeiten"
Rebpfähle 143[6], eingefügte können nicht vindicirt werden **169** zu Note 24, **188** Ziff. 4
Reception des römischen Rechts **1 1**[3] **2** Ziff. 3
Rechnungsfehler 98[5]
Rechnungstheil 142 Ziff. 4
Recht, Begriff **37**
— gemeines **1** zu Note 1
— im subjectiven Sinne **37**
— römisches, Bedeutung desselben **6 10** zu Note
— singuläres **29**
— strenges, billiges **28**
— zukünftiges **67** zu Note 2
— zwingendes, nachgiebiges **30**
Rechte an der eigenen Person **40**
— an fremder Sache **38** a. E. **200**
— an Rechten **48a**
— absolute, relative **41**
— dingliche, persönliche **38 39**
— Familienrechte **39** Ziff. 2
— Vermögensrechte **42**
— Abschwächung der Rechte **65**
— Ausübung **121**
— Entstehung **63**
— Erwerb **66**
— Ruhen **65** zu Note 4 **188**[13] **189** zu Note 4 **248**[26]
— Schutz **122**
— Untergang **63**
— Veränderung **64**
— Verletzung **101 122**
— Verlust **66**
Rechtsbefehl 27[1] **37** zu Note 2
Rechtsbesitz 151 163 164, Erwerb desselben **163** zu Note 4—6, Erwerb durch Stellvertreter **164** zu Note 7—10, Verlust **163** a. E., Schutz **164**

Rechtsbücher 17 [1]
Rechtsfähigkeit 49 [6], Verleihung derselben 60 [2]
Rechtsgebiet, zeitliche Grenzen **31—33**, räumliche Grenzen **34 35**
Rechtsgeschäft, Begriff **69**, Arten **69**, einseitige Rechtsgeschäfte **69** zu Note 2, zweiseitige **69** zu Note 2, entgeltliche, unentgeltliche **69** zu Note 5, lucrative, oneröse **69** [5], lästige, wohlthätige **69** [5], unter Lebenden, von Todeswegen **69** zu Note 6. 6a, inter vivos, mortis causa **69** [6], letztwillige **69** zu Note 6b
— Erfordernisse der Gültigkeit **70**, Form der Rechtsgeschäfte **72**, Form bei örtlicher Collision **35** Ziff. 6
— Inhalt der Rechtsgeschäfte **81**, Ungültigkeit **82 83** (s. Unwirksamkeit, Anfechtbarkeit, Nichtigkeit, Conversion, Convalescenz)
— Wirkung der Rechtsgeschäfte im Allgemeinen **84 85**, Auslegung **84**, Nebenbestimmungen **85**, Selbstbeschränkungen der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte **86—100**
Rechtsinstitut, Begriff **37a** a. E.
Rechtsirrthum 79a zu Note 2
Rechtskraft (des Urtheils) **129—132**, wann ist dieselbe eingetreten? **127** [1], negative Wirkung **130**, positive Wirkung **131**, wirkt nur inter easdem personas **132**
— der Entscheidungsgründe **130** Ziff. 6
Rechtsmittel 127 [1]
Rechtsnachfolge 64 Ziff. 2.a
Rechtsparömieen 17 [1]
Rechtsquellen 14—19
Rechtssätze, Arten derselben **27** fg., Beweis derselben **133** zu Note 2
Rechtssprichwörter 17 [1]
Rechtsstreit, s. „Proceß"
Rechtssubject, im Allgemeinen **49**, Unbestimmtheit desselben **50**, Mehrheit der Rechtssubjecte **51**
Rechtsüberzeugung, Quelle des Gewohnheitsrechts **15** [1 2]
Rechtsurheber 66 zu Note 2
Rechtsverhältniß 37a
Rechtsverletzung 101 Ziff. 1, Begriff und Folgen **122**
Rechtsvermuthung 133 [10]
Rechtsvorgänger 64 Ziff. 2.a
Rechtswohlthat 29 [4], s. auch beneficium
Reditus des Emphyteuta **220** [3]
Redlicher Besitz **166**
— Besitzer, Fruchterwerb desselben (Eigenthum?) **186** zu Note 7
— Erwerber, sein Anspruch (Klage) **199**, s. auch „actio Publiciana"
Regelgemäßes / **Regelwidriges** } Recht **29** zu Note 1—3
Regenwasser 169 Ziff. 5 211a zu Note 1
Reichsgesetze, deutsche **5** Ziff. 2
Reinigungseid 133 [18]

Rei petetio utilis des Superficiars **223**[9], des Emphyteuta **219**[10. 11]
— vindicatio **193—198**, Gegenstand **193**, auf Grund Miteigenthums **193** zu Note 6, bei Unmöglichkeit der Herausgabe (Interesse) **193** zu Note 7—12, bei Verschlechterung der Sache **193** zu Note 13
— Erstreckung der Klage auf Früchte und Zuwachs **194**
— Gegenansprüche **195**
— Voraussetzungen der Klage **196**, Beweis des Eigenthums **196** Ziff. 1, Vorenthaltung der Sache **196** Ziff. 2, ficta possessio **196** Ziff. 3
— Einreden **197**
— utilis **174** Ziff. 2 **190**[4]
— des Emphyteuta **219**[10]
— des Superficiars **223**[9]
— des Pfandgläubigers **235**[1]
Relative und absolute Rechte **41**
Religion 55
Remanet propter pignus naturalis obligatio **112**[5] **225**[13] **249** Ziff. 1.b
Remissio, s. „Erlaß"
Rentenforderung, ihre Verjährung **107**[8]
Renuntiatio 69[7]
Reparatur eines Grundstücks durch den Miteigenthümer **169a**[3c] **174** zu Note 4, Darlehn zum Zwecke der Reparatur, Pfandrecht **231** Ziff. 3 **244**[2]
Replica doli **108**[9]
Replicatio 48
— rei secundum me iudicatae **130**[23]
— rei venditae et traditae **172**[6]
Repräsentation, s. „Stellvertretung"
Repromissio als Caution **134**[3]
Res 137
— consumibilis **140**
— corporalis, incorporalis **42**[5] **137 168**
— derelicta **184** zu Note 6
— divini iuris **147**[3]
— extra commercium **147**[1] **182** Ziff. 1 **183** zu Note 3
— fundi **139**[2]
— fungibilis **141**[3]
— furtiva, ist unersitzbar **182** zu Note 6
— futura **144**[2] **230** zu Note 10 **242** zu Note 10
— immobilis **139**
— in commercio **147**
— iudicata **127**[1]
— litigiosa **125** Ziff. 1
— merae facultatis **113**[5]
— mobilis **139**[1]
— nullius cedit occupanti **184**
— omnium communis **146** Ziff. 1—3

Res publicae **146**[15], Eigenthumsrecht an denselben **146**[17]
— quae numero, pondere, mensura constant **141**[2]
— quae usu consumuntur **140**[1]
— religiosa **147**[2]
— sacra **147**[2]
— sancta **147**[3]
— se moventes **139**[1]
— soli **139**[2]
— succedit in locum pretii **42**[6]
Rescindere **82**[2 a. E.]
Rescissibilität **82** Ziff. 1
Reservation **72** zu Note 11
Reservatio mentalis **75**[1c. 2a]
Resolutivbedingung, s. „Bedingung"
Resoluto iure dantis resolvitur ius concessum **165**[8]
Restituere **114**[6] **192**[1] **194**[1]
Restitutio in integrum **114—120** (s. im Uebrigen „Wiedereinsetzung")
Retentionsrecht **148** zu Note 4, bei der Verbindung **190** zu Note 2, wegen Verwendungen gegen den Eigenthumsanspruch **195**, des Vermiethers **231** zu Note 3a. 5, des Pfandgläubigers auch wegen nicht gesicherter Forderungen **236** zu Note 4
Revocabilität dinglicher Rechte (ex nunc, ex tunc) **165** zu Note 8, s. auch „Widerruf"
Römisches Recht, Geltung desselben in Deutschland **2**, Bedeutung **6** **10** zu Note 4
Romanisten **10** zu Note 3. 4
Rückwirkende Kraft der Rechtssätze **32**, können Gesetze sich rückwirkende Kraft beilegen? **32** zu Note 3, speciell bei Gesetzen über Verjährung **32**[10], r. K. der authentischen Interpretation **33** a. E., der (juristischen) Thatsachen **67** zu Note 4, der Bedingung **91**, der Genehmigung **74** zu Note 6 **83** zu Note 6. 10 **155** zu Note 10a, der Revocation dinglicher Rechte **165**[8]
Rückziehung, s. „rückwirkende Kraft"
Ruhen der Rechte **65** zu Note 4 **188**[13] **189** zu Note 4 **248**[26]
Rusticalservituten, s. „Felddienstbarkeiten"
Rusticitas **79a**[11]

S.

Sachbesitz **148—150**
Sache, Begriff **137**, Rechtsverhältnisse an Sachen **146** **147**, Rechte an der Sache im Allgemeinen **165**
Sachen, abnützbare **140**
— befriedete **147**[3 a. E.]
— bewegliche **139**
— derelinquirte, Eigenthumserwerb **184** Ziff. 3
— einfache **138**

Sachen, feindliche **184** Ziff. 5
— fungibele **141** zu Note 3
— herrenlose, Eigenthumserwerb **184**
— körperliche **137** **42** zu Note 5
— Neben- **143** a. E.
— neuentstandene, Eigenthumserwerb **184**
— öffentliche **145**[15. 17]
— Quantitäts- **141** zu Note 2
— theilbare **142**
— unbewegliche **139**
— unkörperliche **137** **42** zu Note 5 **168**
— untheilbare **142**[5]
— verbotene **147**[6]
— verbrauchbare **140**
— verlorene **184**
— vertretbare (Gattungs-) **141**
— welche dem gemeinen Gebrauche dienen **146**
— welche dem Gottesdienst geweiht sind **147** zu Note 2
— welche dem Verkehr entzogen sind **147**
— zukünftige **144**[2] **230** zu Note 10 **242** zu Note 10
— zusammengesetzte **138**
Sachenrechte, Begriff, s. „dingliche", bei örtlicher Collision der Rechtssätze **35** Ziff. 2
Sachgesammtheiten **137** zu Note 4 **138**, Besitz derselben **152**[3], Ersitzung **175a**, Pfandrecht **226a** zu Note 4
Sachtheile **142**
Sachwerth **101** a. E.
Sachwerth und Besitzeswerth **160**[10]
Sacramenta puberum **84a**[4] **117**[5]
Säen, Eigenthumserwerb **188** Ziff. 1.b
Satisdatio **134**[5]
Savigny **9** zu Note 2
Schadensersatz **101** a. E., bei cautio damni infecti **169** zu Note 18, bei tignum iunctum (in duplum) **168** zu Note 24 **188** zu Note 15, in Folge Verletzung eines Veräußerungsverbotes **172a**[2] und zu Note 7, aus der Specification **187** zu Note 6, aus der Verbindung **190**, wegen unredlichen Pfandverkaufs **237** zu Note 12. 13
Schätzungseid **133**[14]
Schalttag **103** Ziff. 2.b
Schatz **184** Ziff. 4 **143**[10] **144**[7] **203**[5] **219**[3] **226a**[12]
Scherz **75**[2]
Schiedseid **133**[12]
Schisma (Einfluß auf Verjährung) **109** a. E.
Schlüssel, Besitzerwerb durch denselben **153**[7]
Schöffenweisthümer **17**[1]
Schriftlichkeit des contractus emphyteuticarius **221** zu Note 1. 2

Schuld, Begriff **101** zu Note 5, Maßstab und Grade **101** Ziff. 3
Schule, französische **8** zu Note 1, historische **9**, niederländische **8** zu Note 4, philosophische **10** zu Note 1, von Bologna **3** zu Note 2
Schutz der Rechte **122** zu Note 5, des Sachbesitzes **158—162**, des Rechtsbesitzes **164**
Schwägerschaft 56a a. E.
Schweben der Rechtsverhältnisse **67** zu Note 2 **74** zu Note 4, der Bedingung **89**
Schweigen als Willenserklärung **72** zu Note 10
Sclave, s. „Sklave"
Seitenverwandte 56a
Selbsthülfe 123, sind die römischen Strafen der Selbsthülfe durch das Strafgesetzbuch beseitigt? **123**[4a], Decretum divi Marci **123**[3]
Selbsthülfegesetz, Besitzesschutz durch dasselbe **160**[1]
Senatusconsultum Velleianum **22**[2]
— über den uneigentlichen Nießbrauch **206**[2]
Senectus, s. „Greisenalter"
Separation der Früchte **186** zu Note 2
Separatisten, beim Pfandrecht **246**[11]
Sequester, Besitz desselben **154** Ziff. 3
Sequestration 134[7]
Servitus, Bedeutung des Wortes **200**[1] **201**[1]
— affirmativa **201** Ziff. 1
— altius non tollendi **211a**[7]
— altius tollendi **211a**[10]
— aquae ductus s. aquae ducendae **211**[6]
— aquae haustus sive aquae hauriendae **211**[7]
— cloacae immittendae **211a**[4]
— continua — discontinua **201**[9] **213**[3]
— fluminis **211a**[1]
— in faciendo consistere nequit **201** zu Note 2. 3 **211a**[3]
— irregularis **202**[2] **210**[2 a. E.]
— legalis **169**[2]
— luminum **211a**[8]
— navigandi **211**[5]
— negativa **201** Ziff. 1
— ne luminibus officiatur **211a**[8]
— officiendi luminibus vicini **211a**[10]
— oneris ferendi **201**[3] **211a**[3]
— pascendi s. pascui **211**[10]
— pecoris ad aquam appulsus s. appellendi **211**[8]
— per partes adquiri non potest **209**[17]
— per partes retinetur **209**[18]
— personarum **201**[1]
— praedio debetur **201**[5]
— praediorum rusticorum **210**[2], s. „Felddienstbarkeiten"
— praediorum urbanorum **210**[2], s. „Gebäudedienstbarkeiten"

Servitus proiciendi **211a**[3]
— prospiciendi (ne prospectui officiatur) **211a**[9]
— protegendi **211a**[2]
— rerum **201**[4]
— servitutis esse non potest **200**[5]
— stillicidii **211a**[1]
— stillicidii non avertendi **211a**[10]
— tigni immittendi **211a**[3]
Servituten, im Allgem. s. „Dienstbarkeiten"
— gesetzliche **169**[2]
— irreguläre **210**[2 a. E.]
Servus poenae **57**[10 a. E.]
Sicherung der Rechte **134**
Simulation 75 zu Note 2a
Singularsuccession 64 zu Note 5
Sittengesetz, sein Verhältniß zum Rechtsgesetz **37**[4]
Sitz der Rechtsverhältnisse **34**[3]
Sklave, Nießbrauch an demselben **203**[7] **205**[9]
Sklavendienste 208
Societas, Gegensatz zur Corporation **58**[3]
— publicanorum **57**[2a] **58**[3]
Socius = Miteigenthümer **169a**[2]
Solarium 220[6] **223**[11]
Soldaten, ihr Rechtsirrthum entschuldbar **79** zu Note 10, rei vindicatio utilis derselben **174**[9]
Sondernachfolge 64 zu Note 5
Sorgfalt, Maßstab derselben **101** Ziff. 3
Specialvollmacht 73[21] **74**[2]
Species 141[1]
Specification 187, ist der Grund des Eigenthumserwerbs die Arbeit oder die Bemächtigung? **187**[2]
— der Pfandsache **248** zu Note 10
Spolienklage 162a zu Note 1 **164** zu Note 16
Staatsangehörigkeit 55
Staatskasse 57 zu Note 7
Stadtgemeinden, Privilegien derselben **110**[2 a. E.] **134**[5] **182**[5], Pfandrecht, gesetzliches am Vermögen der Verwalter und Steuerpflichtigen **232** zu Note 18
Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemein Recht **23**[2]
Städel'scher Erbfall **60**[2]
Status civiles, libertatis, civitatis, familiae; naturales, sexus, aetatis **55**[8 a. E.]
Statusrechte 40[2]
Statut 19 a. E.
Statuta personalia, realia, mixta **34**[3]
Statutorum collisio **34**[2]
Stillicidium 211a[1]

Steine, dieselben können zu den Früchten gehören **144**[8]
Stellvertretung **73 74**, im Willen und in der Erklärung desselben **73**[2], indirecte, mittelbare, unvollkommene **73**[2]
— Begründung des Stellvertretungsverhältnisses **74**
— im Besitzerwerb **73** zu Note 11 **152**[2] **155 177** Ziff. 3, beim Verlust des Besitzes **157**
— im Rechtsbesitz **163** zu Note 7—10
— in der Ausübung der Rechte **121** a. E.
Steuerforderungen des Fiscus, Unverjährbarkeit **106** zu Note 3, gesetzliches Pfandrecht wegen derselben **232** Ziff. 1 und bei Note 18 **244** Ziff. 3
Steuerfreiheit **135**[6]
Stiefverwandtschaft **56a**[10]
Stiftung, juristische Person **57** Ziff. 3, wer ist Subject? **58** zu Note 2b, Vertreter **59** zu Note 2, Entstehung **60** zu Note 1, Verleihung der Rechtsfähigkeit nothwendig? **60**[2], Ende **61** Ziff. 2, Privilegien der milden Stiftungen **171**[2] **182** zu Note 4
Stillschweigen als Willenserklärung **72** zu Note 10
Stillschweigende und ausdrückliche Willenserklärung **72** zu Note 8—10
Stipendien **57** zu Note 11
Stipulatio = cautio **134**[3]
Strafdrohung im Urtheil auf actio negatoria **198**[6], auf actio confessoria **217**[3]
Strafforderungen, wegen derselben hat der Fiscus kein gesetzliches Pfandrecht **232** zu Note 1
Strafklagen **46**[3]
Strandgut **184**[7]
Straße (via) **211** zu Note 2
Streitbeginn, s. „Proceßbeginn"
Strenges Recht **28**
Stundung des Kaufpreises **172** zu Note 19c
Subjecte der Rechte **49**
Subjectives Recht **37** zu Note 1
Subjectlose Rechte **49** Ziff. 1, giebt es solche? **49**[3.5]
Subpignus **227 239** Ziff. 3
Subsidiarität des römischen Rechts **2** Ziff. 1
Succedere in locum **64**[5 a. E.]
Successio ex tunc **53**[2 a. E.]
Succession **64** Ziff. 2.a
— hypothekarische **233a 233b 249** Ziff. 1.a
Summariissimum **159**[12] **162a**[2]
Summarium **159**[12]
Superficies **223**, Anwendbarkeit im modernen Recht **218** zu Note 3, geschichtliche Entwickelung **218**[5], Erwerb von Grunddienstbarkeiten durch den Superficiar **212** Ziff. 5 **215** zu Note 12, abgeleiteter Besitz? **154**[7], Pfandrecht an der Superficies **227** zu Note 3 **239** zu Note 2

Suppletorisches Recht **30**[1]
Suspensivbedingung, s. „Bedingung"
System des Privatrechts **13**

T.

Tag, Berechnung **103** Ziff. 2.a
Tempus continuum **104**[1], ratione initii, cursus **104**[7 a. E.]
— utile **104**[1], ratione initii, cursus **104**[7 a. E.]
Tenere (naturaliter) **148**[12]
Tenne des Nachbars, derselben darf der Luftzug nicht entzogen werden **169** Ziff. 6
Testamentsexecutor, Besitzerwerb durch denselben **155**[13]
Testamentsunfähig sind Geschlechtsunreife **71**[7], Verschwender **71**[10]
Thatsachen, juristische **67 68**, Beweis der Thatsachen **133** Ziff. 1
Theil der Sache **142**, intellectueller **142** Ziff. 4
Theilbarkeit 142[5] und Ziff. 4, der Rechte **51** a. E., des Eigenthums **169a**, des Nießbrauchs **205** a. E.
Theilungsansprüche, unverjährbar? **106** zu Note 4
Theilungsklagen 127[2]
Theilungsproceß 173 zu Note 1a **214** zu Note 1 **233** zu Note 1 **243** zu Note 2
Thesaurus 148[8]
Thier, Vermächtniß der Dienste eines solchen **208** zu Note 5–9
Thiere, wilde, Besitzerwerb **153**[7], Occupation derselben **184** Ziff. 2, Untergang dinglicher Rechte an denselben **165** zu Note 5 **191** zu Note 2 **215** zu Note 1
Thierjunge, beim Entwender concipirte **182**[6], muß der Nießbraucher dieselben erst percipiren? **186**[5]
Tignum iunctum **169** zu Note 24 **182**[13] **188**[14]
— furtivum **188**[16]
Titel des Ersitzungsbesitzes **178**
— pro derelicto **179**[5]
— pro donato **179**[1]
— pro dote **179**[13]
— pro emtore **179**[1]
— pro herede **179**[3]
— pro legato **179**[4]
— pro soluto **179**[1]
— pro suo **179**[6]
— pro transactione **179**[1]
— putativer **178** zu Note 6, bei der actio Publiciana **199**[6]
Titulus adquirendi **165** zu Note 2
Tod, als Ende der menschlichen Persönlichkeit **53**, Beweis desselben **53** Abs. 2, Zeitpunkt des Todes **53**[1], Beweis des Zeitpunktes **53** zu Note 3, Gleichzeitigkeit des Todes Mehrerer (Commorienten) **53** a. E.
Todeserklärung 53 zu Note 1

Todespräsumtion 53[1]
Todtgeburt 52[7]
Toties praescribitur actioni nondum natae etc. 107[5. 9]
Tradere possessionem (vacuam) 153[9]
Traditio brevi manu 154[2] 172[21]
— longa manu 153[5]
Tradition 171 172 (zum Begriff auch 153[10]), iusta causa erforderlich? 171[5. 16a], in incertam personam 172 Ziff. 4, unter Bedingung oder Befristung 172 zu Note 17, der Kaufsache unter Vorbehalt des Eigenthums 172 zu Note 18, mittelst constitutum possessorium 172[22]
— bei Dienstbarkeiten 212[1]
— symbolische 153[3]
Transitorische Gesetze 31[2]
Translativverjährung 221[6]
Tres faciunt collegium 60[6]
Tridentinum 5 zu Note 4
Triftgerechtigkeit 211[3]
Triplicatio 48
Trunkenheit 71 zu Note 5 111[13]
Turpitudo 56[2]

U.

Ubi eadem legis ratio, eadem legis dispositio 22[6]
Uebergabe, s. „Tradition"
Uebergang der Rechte 64 Ziff. 2 66
Uebung, Entstehungsgrund oder Erkenntnißmittel des Gewohnheitsrechts? 15 zu Note 2
Ufer, öffentlicher Gewässer 146 zu Note 14 169 zu Note 23
Umgehung der Gesetze 70 zu Note 2
Unbestimmtheit des Rechtssubjects 50
Uneheliche Kinder 56b zu Note 4
Unerlaubte Bedingung 94 zu Note 9
Unerlaubtes Verhalten 101
Ungeborene 52 zu Note 1—5
Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte 81 82 83, s. auch „Nichtigkeit", „Anfechtbarkeit"
— entschiedene, unentschiedene 82 Ziff. 2
— Heilung derselben (Convalescenz) 83
— ope exceptionis 82 zu Note 3
— partielle, totale 82 Ziff. 4
— relative, absolute 82 Ziff. 1 a. E.
— ursprüngliche, nachfolgende 82 Ziff. 3
Universalprocurator 74[2]
Universalsuccession 64 zu Note 5
Universitas 42[2] 57[2]
— hominis s. facti 42[6]
— iuris 42[6]

Universitas ordinata, inordinata **59**[3]
— rerum **42**[6] **137**[4] **138**
— rerum cohaerentium **138**
— rerum distantium **137**[4]
Unmögliche Bedingung **87** zu Note 4, ihre Wirkung **94**
Unmöglichkeit des Inhalts der Willenserklärungen **81** Ziff. 1
Unmündigkeit 54
Unrecht (civiles und criminelles) **101**[3]
Unredlicher Besitzer, durch ihn veräußerte Sachen sind nicht ersitzbar, **182** zu Note 8
Unsittlichkeit des Inhalts der Willenserklärungen **81** Ziff. 2
Unterbrechung der Verjährung **108 124** a. E. **125** zu Note 9, der Ersitzung **180** zu Note 6—8
Untereigenthum 169a a. E.
Untergang der Rechte **63**
Unterlassen 67 Abs. 2 **101** zu Note 3b **122** zu Note 1
Untheilbarkeit des Gebrauchsrechts **207** zu Note 12, der Grunddienstbarkeiten **209** Ziff. 8, des Pfandrechts **226** zu Note 3, (zum Begriff vgl. **142**)
Unus casus **196**[5]
Unvernünftigkeit eines Gewohnheitsrechts **16** zu Note 4
Unvordenklichkeit 113
Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte **82** zu Note 1
Unwissenheit, s. Irrthum
Urbanalservituten, s. „Gebäudedienstbarkeiten"
Urheberrecht 41[2] **42**[1a. E.] **137**[10]
Ursprünglicher Erwerb **66**[3]
Urtheil 127 (s. auch „Verurtheilung", „Rechtskraft"), hinterläßt das aberkennende Urtheil eine natürliche Verbindlichkeit? **129** zu Note 7
Usucapio 175[1] zu Note 3 **105**[1a a. E.] (im Allgem. s. „Ersitzung")
— ex causa iudicati **179** zu Note 7
— improba pro herede **124**[5] **179**[3]
— libertatis **216**[2] **248** Ziff. 3
— servitutium **213**[1] **221**[7]
Usurae, s. „Zinsen"
Usurpatio 180[6]
Usus 207 (im Allgem. s. auch „Gebrauchsrecht")
— des Nießbrauchers **203** Ziff. 1
— nudus **207**[1]
Ususfructus 203[2] (im Allgem. s. „Nießbrauch")
— alternis annis **216**[11]. zu Note 15
— irregularis **206**
— iuris Germanici **202**[3]
— nominis **206** zu Note 7
Uterini 56a[6]
Utile non debet per inutile vitiari **82**[12]
Utiliter (Zeitberechnung) **104**

V.

Vacationsfrist **31** zu Note 1
Vaterschaft **56b**, Urtheil über dieselbe, Rechtskraft **130**[16] **132**[7]
Vectigal des Emphyteuta **220**[3]
Venia aetatis **54**[10], schließt Wiedereinsetzung aus **117** zu Note 4 **120**[11]
Veränderung der Rechte **64**
Veräußerung, Begriff **69** zu Note 7—12, durch Minderjährige **71** zu Note 8a, des Streitgegenstandes nach Proceßbeginn **125** Ziff. 1, Veräußerungen des Fiscus, Landesherrn und seiner Gemahlin **165** zu Note 6 **172** Ziff. 1. b, des Kaufmanns im Geschäftsbetriebe **165** zu Note 7, Veräußerung (der Ausübung) des Nießbrauchs **205** zu Note 2, der Emphyteusis **220** a. E., der Superficies **223** zu Note 15, des Pfandes, s. daselbst
Veräußerungsverbote **172a**, gesetzliche schließen die ordentliche Ersitzung aus **182** Ziff. 5, nicht die außerordentliche **183**[3 a. E.], hindern Begründung einer Dienstbarkeit **212** zu Note 5, eines Pfandrechts **230** zu Note 2, bez. der res litigiosa **125** Ziff. 1
Verarbeitung, s. „Specification"
Verbalcautionen **134** zu Note 3
Verbalturbation bei der actio negatoria **198** zu Note 9, im Besitz **159** zu Note 5a
Verbietende Rechtssätze **27** zu Note 1
Verbindung, Eigenthumserwerb **188—190**, von Beweglichen mit Unbeweglichem **188** Ziff. 1, von Beweglichem mit Beweglichem **189**, Klage und Retentionsrecht in Folge der Verbindung **190**
Vereine, als juristische Personen **57** Ziff. 1
Verfertiger erwirbt Eigenthum **187** zu Note 1a
Vergehen **101** Ziff. 2
Verhalten, unerlaubtes **101**
Verjährung **105—113**, erwerbende (begründende) **105**[1a], erlöschende (aufhebende) **105**[1a]
— der Ansprüche (actiones) **106**
— Bedingungen derselben **107—112**
— Beginn der Verjährung **107** (s. auch actio nata), bei Ansprüchen auf terminliche Leistungen **107** zu Note 8
— Unterbrechung **108** **124** a. E. **125** zu Note 9
— Ruhen der Verjährung **109**
— Fristen **110**
— accessio temporis **110** a. E.
— bona fides? **111**
— Wirkung (ope exceptionis) **112**, bleibt eine naturalis obligatio zurück? **112** zu Note 4. 5
— der Dienstbarkeiten **216**
— der Einreden **112** zu Note 6—8
— der Emphyteusis **222** Ziff. 3
— der Litispendenz **110**[2.c]

Verjährung des Pfandrechts **248** Ziff. 3
— der Privilegien **136a** zu Note 3
— der Servituten **216**
— der Superficies **223**[16]
— translative **221**[6]
— unvordenkliche **113**
Verkauf des Pfandes, s. „Pfandrecht"
Verkündung der Gesetze **14** zu Note 2a
Verletzung der Ansprüche **43** a. E.
— der Rechte, Begriff und Folgen **122**
Verlust der Rechte **66**
Vermiether, gesetzliches Pfandrecht desselben **231** Ziff. 1 **244** Ziff. 1
Vermischung von Getreide, Geld **189** zu Note 7. 8
Vermittelndes Recht **30**[1]
Vermögen, Begriff **42** zu Note 1a, als Einheit **42**[2]
— bewegliches und unbewegliches **139**[5]
Vermögensinbegriffe, juristische Persönlichkeit derselben **57** Ziff. 3
Vermögensrechte 42
Vermögensunfähige sind besitzunfähig **152** Ziff. 1
Vermuthungen 133[10]
Verneinende Rechtssätze **27** zu Note 1
Verpächter, Pfandrecht desselben **231** Ziff. 1 **244** Ziff. 1
Verpfändung 230
Versäumniß, Wiedereinsetzung wegen derselben **119**
Verschollenheit 53 zu Note 1. 2
Verschwender, interdicirte, beschränkte Handlungsfähigkeit derselben **71** Ziff. 5, Interdictionsformel **147**[1]
Versicherungsprämie, hat der Nießbraucher zu entrichten **204** zu Note 4
Versicherungssumme, ergreift das Pfandrecht dieselbe bei Untergang der Pfandsache? **248**[9]
Versio in rem (Pfandsache) **246** Ziff. 3
— vulgata **3**[6]
Versteigerung der Pfandsache **237** Ziff. 2
— gerichtliche, geht durch den Zuschlag Eigenthum über? **173**[2]
Vertrag, Begriff **69** zu Note 2, Auslegung der Verträge **84** zu Note 11
Vertragsinteresse, negatives **74**[8]
Vertretbarkeit der Sachen **141**
Vertretungsbefugniß 74
Verurtheilung, Voraussetzungen derselben **128**, wenn der zur Zeit des Proceß-begründete Anspruch hinterher aufhört begründet zu sein? **128** Ziff. 1, wenn der Anspruch erst während des Processes ein begründeter wird **128** Ziff. 2
— des Klägers **127**[2]
Verwahrung, s. „Protestation"
Verwandtschaft 56a, in gerader Linie **56a** zu Note 3, Grade **56a** zu Note 4, römische und canonische Berechnung **56a**[4], mehrfache Verwandtschaft **56a** zu Note 5

Verwendungen auf die vindicirte Sache **195**
— nothwendige **195** zu Note 2
— nützliche **195** zu Note 6
— dem Vergnügen dienende **195** zu Note 10
— zur Gewinnung der Früchte **195** a. E.
Verwirkung 101 zu Note 3a, des Miteigenthums **169a**[3c], des Eigenthums **174** Ziff. 1, der Emphyteusis **222** Ziff. 4, der Superficies **223** zu Note 17
Verzicht, Begriff **69** zu Note 13, auf Dienstbarkeiten **215**[11], auf den Rang eines Pfandrechts **247**[1], auf das Pfandrecht selbst **247**[1] **248** Ziff. 1
Vetustas 113[2]
Via 211[2]
Vicinität 209 Ziff. 4
Viehtränkgerechtigkeit 211 zu Note 8
Viehtrift 211[3]
Vindicatio 45[3]
— rei, s. „rei vindicatio"
Vindication von Inhaberpapieren **196**[1]
Vis (metusve) **80**[1]
— als Besitzesfehler **159**[1], bei Dienstbarkeitsbesitz **213**[5]
— armata **160**[15]
— atrox **160**[5]
— beim interdictum quod vi aut clam **160**[5]
— beim interdictum unde vi **160** zu Note 5—9
— beim interdictum uti possidetis (utrubi) **159** zu Note 4
— ex conventu **159**[11]
Vitalität 52[8]
Vitium des Besitzes **159**[2. 6] **213** Ziff. 3
Vollbürtige 56a zu Note 6
Volljährigkeit 54[8 a. E.]
Volljährigkeitserklärung durch den Regenten **54** zu Note 10 (s. auch venia aetatis)
Vollmacht 74 Ziff. 3, Vollmacht und Auftrag **74**[1a], zur Verwaltung eines ganzen Vermögens **74**[2], specielle **73**[21] **74**[2]
Voraussetzung 97—100, durch Auflage auf eine Zuwendung **98** Ziff. 2, Erfüllung **99**, unerlaubte **100** zu Note 1. 2, unmögliche **100** zu Note 3. 4, Unmöglichkeit der Erfüllung **100** zu Note 5—7
Vorbehalt des Eigenthums beim Kauf **172** zu Note 18, der Dienstbarkeiten bei der Uebertragung des Eigenthums **212** Ziff. 7, des Pfandrechts **230** Ziff. 4
Vorenthaltung der Sache (rei vindicatio) **196**
Vorkaufsrecht des Eigenthümers bei Veräußerung der Emphyteusis **221**
Vormundschaft, Sitz derselben **35** Ziff. 4 a. E.
Vorzugsrechte, beim Pfandrecht **246**
Vulgata (versio) **3**[6]
— lectio **4**[7]

W.

Waarenlager, Verpfändung desselben **226a** [4]
Wahlrecht, Verlust durch Proceßbeginn **125** Ziff. 3, der Ehefrau, Soldaten ꝛc. zwischen obligatorischer und dinglicher Klage **174** Ziff. 2, des Eigenthumsklägers, wenn die Herausgabe der Sache verweigert wird **193** zu Note 1, des Pfandgläubigers bei verpfändeter Forderung **239** zu Note 9. 10
Wahnsinn 54 a. E. **71 101** zu Note 11 **152** Ziff. 1 **182** [11 a. E.], gesetzliches Pfandrecht **232** zu Note 3
Wald, Vermächtniß des Gebrauchs gilt als Vermächtniß des Nießbrauchs **207** zu Note 6
Waldservituten, Collision derselben mit der Forstcultur **209** [12]
Wasserfläche, Wegegerechtigkeit an derselben **211** zu Note 5
Wassergerechtigkeiten (-leitungs-, -schöpfgerechtigkeiten) **211** zu Note 6—8 **201** [10]
— Besitz derselben **164** Ziff. 3. b. c
Wasserrecht 146 Ziff. 3 **169** zu Note 13
Wasserregal 146 zu Note 12
Wechselrecht 6 [1]
Wegegerechtigkeiten 201 [10] **211** zu Note 1—5 **209** [11. 13], Nothweg **212** Ziff. 4
— Besitz derselben **164** Ziff. 3. a
Wegnahme der Verwendungen **195** zu Note 4. 11. 12
Weiber, s. „Frauen"
Weidegerechtigkeit 211 zu Note 9. 10 **209** [13]
Widerruf der Privilegien **136a**
Widersprüche, im Rechtsganzen **23,** speciell im Pandektenrecht, im corpus iuris **26**
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand **114—120** Voraussetzungen **115—119,** laesio, damnum **115,** Subsidiarität dieses Rechtsmittels **115** [1], Fälle, wo sie ausgeschlossen ist **115** zu Note 9—14, rechtfertigender Grund (causa restitutionis) **116—119,** Minderjährigkeit **117,** Gemeinden **117** a. E., kirchliche Corporationen **117** a. E., Zwang **118,** Irrthum **118,** Betrug **118,** Verjährung **119,** Versäumnisse **119,** Abwesenheit (absentia) **119** Ziff. 1, generalis clausula **119** [3], Verfahren **120,** Frist **120** zu Note 10, Wirkung **120** zu Note 15
Wiederherstellung eines Gebäudes, Darlehn zum Zweck desselben gesichert durch gesetzliches Pfandrecht **231** zu Note 9 **244** [2 a. E.]
Wilde Thiere, Besitzerwerb **153** [7], Occupation derselben **184** Ziff. 2, Verlust der Rechte an denselben **165** zu Note 5 **191** a. E. **215** zu Note 1
Wille, Wirklichkeit desselben **75**
Willenserklärung, Begriff **69** Ziff. 1, Form **72,** formlose **72** [6], ausdrückliche **72** zu Note 7, stillschweigende **72** zu Note 8, fingirte **72** [12], durch Andere, s. „Stellvertretung"
— s. auch „Rechtsgeschäft"
Wirklichkeit des erklärten Willens **75**

Wissenschaftliche Behandlung des Rechts **24**
Wissenschaftliches Recht **16**[8]
Windbruch **186**[3]
Wohlthätige Rechtsgeschäfte **69**[5]
Wohnsitz, Begriff **36**
— doppelter **36** zu Note 7
— gesetzlicher **36** zu Note 5
— letzter **36** a. E.
— seine Bedeutung bei örtlicher Collision der Rechte **35**
Wohnungsrecht, Vermächtniß desselben **208** zu Note 3, geht nicht durch Nichtgebrauch unter **216** a. E.
Würderungseid } **133**[11]
Würdigungseid }

Z.

Zahlungsverbot bei gepfändeten Forderungen **239** Ziff. 2
Zehnten **203**[9]
Zeichnung einer Sache, liegt darinnen der Aneignungswille ausgedrückt? **154**[1]
Zeit, Einfluß derselben auf Entstehung, Untergang und Veränderung der Rechte **102**
— Bestimmung und Berechnung derselben **103** **104** (s. auch „Frist")
— juristische und natürliche (a momento ad momentum) Berechnung **103** zu Note 6
— laufende, taugliche Zeit **104**
— der Conception **56 b** zu Note 3
— Ablauf, wirkt er Heilung ungültiger Rechtsgeschäfte? **83** Ziff. 2
Zeitliche Grenzen des Rechts **31—33**
Zeitverhältniß der Pfandrechte **242—44**
Zeugen **72** zu Note 3, Solennitäts- und Beweiszeugen **72**[3]
Zeugung **56 b**, Beweis und Präsumtion derselben **56 b** zu Note 1. 2. 3
Zinsen vom Proceßgegenstand während des Processes **124**[6 a. E.]
— nach dem Urtheil **129** zu Note 3. 5a
— sind juristische Früchte **144**[10]
Zinswucher bei der antichresis **244** zu Note 6
Zolldefraudation **174** zu Note 2
Zorn, kein Grund der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte **71**[5]
Zubehörungen **143**
— auf sie erstreckt sich das Pfandrecht **226a** zu Note 8
Zufall, für denselben haftet der unredliche Beklagte nach Proceßbeginn **124** zu Note 9
Zünfte, als juristische Personen **57**[2a]
Zukünftige Forderung, Pfandrecht wegen derselben **225**[6] **242** Ziff. 3
— Sachen **144**[2] **230** zu Note 10 **242** zu Note 10
Zukünftiges Recht **67**[2]
Zurechnungsfähigkeit **101** Ziff. 5

Zuschlag bei der gerichtlichen Versteigerung **173**[2], der Pfandsache an den Gläubiger **238** zu Note 4—7
Zustandsrecht **40**[2]
Zwang **80**, als causa restitutionis **118**
Zwangsmittel, gehören dieselben zum Begriffe des Rechts? **37** a. E.
Zwangsvollstreckung **129**[1]
Zweckbestimmung **97** i. A.
Zweckvermögen **58**[5]
Zwingendes Recht **35**[3]
Zwischenräume, lichte **71**[1]
Zwitter **54** zu Note 2a.

B. Verzeichniß derjenigen Quellenstellen, zu deren Interpretation etwas beigetragen ist.

A. Institutionen.

II. 1 de R. D.
§ 25: **187**[2. 4. 5]
§ 26: **190**[1]
§ 35: **186**[12]
§ 37: **186**[5]
§ 39: **146**[16]

II. 4 de usufr.
§ 2: **140**[3]

IV. 6 de act.
§ 6: **116**[2]

IV. 15 de interd.
§ 4: **159**[6b]
§ 8: **159**[3b]

B. Digesten.

I. 3 de legibus
l. 34: **17**[1]
l. 39: **16**[3]

I. 5 de statu hominum
l. 7: **52**[2]

I. 8 de R. D.
l. 1 pr. l. 6 § 1: **146**[16]

II. 8 qui satisdare
l. 15 § 1: **154**[7]

II. 10 de eo per quem factum erit
l. 3 § 1: **118**[6]

III. 2 de his qui not.
l. 11 § 2: **22**[3]

III. 4 quod cui un.
l. 9: **58**[4]

III. 5 de negot. gest.
l. 23 [24]: **74**[1a] **155**[9]

IV. 1 de i. i. r.
l. 38: **117**[6]
l. 7 § 1: **118**[6]
l. 39: **119**[8]

IV. 2 quod met.
l. 9 § 1: **59**[9]
l. 9 § 4: **118**[3]
l. 13: **123**[1]

IV. 3 de dolo
l. 7 pr.: **78**[5]

IV. 4 de min.
l. 9 § 1: **115**[6]
l. 9 § 5: **115**[10]
l. 13 § 1, l. 14: **120**[3]

IV. 6 quibus caus. mai.
l. 17 pr.: **120**[3]
l. 30 § 1: **120**[3]

V. 1 de iudiciis
l. 23: **128**[5]
l. 28 § 5: **87**[2]
l. 41: **89**[13]

V. 3 de H. P.
l. 13 § 4. 9: **186**[16]
l. 16 § 7: **186**[16]
l. 25 § 2: **193**[13]
l. 25 § 17: **186**[16]
l. 31 § 3: **193**[13]

VI. 1 de R. V.
l. 1 § 3: **137**[6]
l. 2: **137**[6]
l. 3 pr.: **137**[6]
l. 8: **142**[4]
l. 23 § 5: **137**[6] **189**[1]
l. 23 § 7: **175a**[2] **182**[13]
l. 45: **193**[13]
l. 59: **188**[21]
l. 68: **193**[2]

VI. 2 de Publ.
l. 3 § 1: **179**[7]
l. 5: **199**[6]
l. 7 § 2: **199**[5]
l. 7 § 4: **199**[6]
l. 9 § 4: **199**[13]
l. 11 § 1: **217**[9]
l. 12 § 2: **182**[5] **199**[11]
l. 13 § 2: **199**[6]

VII. 1 de usufr.
l. 4: **200**[3]
l. 9 § 4: **188**[2]
l. 9 § 5: **184**[5]
l. 12 § 5: **186**[5]
l. 15 § 4: **206**[6]
l. 30: **169**[6]
l. 48 pr.: **215**[11]
l. 62: **184**[5]
l. 64: **215**[11]
l. 65: **215**[11]
l. 68 § 2: **137**[8]
l. 69: **137**[8]

VII. 2 de usufr. accr.
l. 3 § 2: **205**[4]

VII. 4 quib. mod. usufr.
l. 13 i. f.: **186**[12]
l. 29 pr.: **219**[5]

VII. 5 de usufr. ear.
l. 8: **204**[7]

VII. 8 de usu et hab.
l. 10 pr.: **208**[4]
l. 14 § 1. 2: **202**[1]

VIII. 1 de serv.
l. 8 pr.: **209**[5]
l. 14 pr.: **163**[11]

VIII. 2 de S. P. U.
l. 4: **211a**[8]
l. 8: **169a**[3c]
l. 10: **169**[6]
l. 11 pr.: **169**[6]
l. 28: **209**[7]
l. 32 § 1: **216**[11]

VIII. 3 de S. P. R.
l. 2 pr.: **210**[2]

VIII. 4 comm. praed.
l. 6 pr.: **209**[9]

VIII. 5 si serv. vind.
l. 4 § 3: **132**[4]
l. 4 § 4: **132**[5]
l. 6 § 1: **163**[4]
l. 8 § 3: **198**[16]
l. 8 § 6: **198**[8]
l. 17 § 2: **169**[7]

VIII. 6 quemadm. serv.
l. 8 pr.: **215**[11]
l. 25: **163**[6]

IX. 2 ad leg. Aquil.
l. 30 § 1: **249**[5]

X. 2 fam. erc.
l. 29: **233a**[1 a. E.] **237**[17]

X. 3 comm. div.
l. 19: **142**[4]

X. 4 ad exhib.
l. 12 § 4: **124**[9]

XI. 1 de interr.
l. 18: **118**[6]

XI. 7 de relig.
l. 12 pr.: **169**[4]

XII. 1 de R. C.
l. 15: **26**[3]
l. 41: **172**[10]
XII. 2 de iureiur.
l. 13 § 1: **179**[7]
XII. 6 de cond. ind.
l. 19 pr. **123**[3]
l. 38: **129**[7]
l. 60 pr.: **129**[7]
l. 65 § 6: **186**[16]
XIII. 1 de cond. furt.
l. 10 § 2: **171**[2]
l. 13, l. 14 § 3: **187**[3]
XIII. 3 de cond. trit.
l. 1 pr.: **156**[1]
XIII. 4 de eo quod certo loco.
l. 4 § 1: **46**[4]
XIII. 5 de pec. const.
l. 1 § 4: **82**[11]
l. 5 § 9: **73**[13a]
l. 18 § 1: **112**[5 a. E.]
XIII. 7 de pign. act.
l. 2: **233b**[2]
l. 4: **237**[5]
l. 11 § 6: **73**[12]
l. 18 § 2: **226a**[11]
l. 18 § 3: **187**[2 a. E.]
l. 41: **26**[3] **230**[9]
XIV. 3 de inst. act.
l. 5 § 18: **73**[13a]
XV. 4 quod iussu
l. 1 § 9: **73**[13a]
XVI. 3 depos.
l. 12 § 3, l. 14 § 1: **124**[9]
l. 17 § 1 **154**[6]
XVII. 1 mand.
l. 29 pr. § 3: **101**[10]
l. 34 pr.: **26**[3]
l. 49: **172**[10] **197**[6]
l. 57: **199**[11]
XVII. 2 pro socio
l. 1 § 1: **171**[2]
l. 38 pr.: **89**[13]
l. 83: **142**[4]
XVIII. 1 de contr. emt.
l. 7 pr.: **93**[4. 6]
l. 15 § 2: **172**[10]
XIX. 1 de A. E. V.
l. 21 § 2: **76a**[8]
l. 31 § 2: **199**[13]
l. 50: **123**[3 a. E.]
XIX. 2 loc.
l. 15 § 4 i. f.: **220**[7]
XX. 1 de pign.
l. 1 pr.: **230**[8]
l. 1 § 2: **186**[12. 13 a. E.]
l. 5 pr.: **225**[6]
l. 11 § 2: **205**[4] **239**[2]
l. 11 § 3: **227**[10]
l. 13: **137**[8]
l. 13 § 2: **239**[16]
l. 13 § 3: **239**[2]
l. 13 § 5: **89**[13]
l. 15 pr.: **230**[10]
l. 16 § 6: **235**[8]
l. 21 pr.: **73**[12]
l. 22: **26**[3] **230**[9]
l. 27: **129**[7] **249**[5]
l. 34: **137**[8]
XX. 3 quae res. pign.
l. 3: **233b**[4. 10]
XX. 4 qui pot.
l. 1 pr.: **242**[8]
l. 2: **235**[24]
l. 7 § 1: **242**[10 a. E.]
l. 9 pr.: **242**[5]
l. 9 § 1: **89**[15]
l. 9 § 3: **230**[8] **241**[3]
l. 11 § 1: **91**[1]
l. 11 § 2: **242**[9] **89**[15]
l. 11 § 3: **230**[10]
l. 12 § 8: **233b**[4]
l. 12 § 9: **241**[3]
l. 16: **247**[2]
l. 21 pr.: **246**[2]
XX. 5 de distr. pign.
l. 5 § 1: **248**[27]
l. 6: **248**[27]
l. 7 § 1: **117**[6]
l. 7 § 2: **172a**[8]

XX. 6 quib. mod. pign.
l. 3: **89**[15]
l. 4 § 1: **249**[10]
l. 13: **129**[7]

XXI. 1 de aed. ed.
l. 51 § 1: **73**[21]

XXI. 2 de evict.
l. 17: **172a**[2]
l. 39 pr.: **120**[3]
l. 68 pr.: **237**[22]

XXI. 3 de exc. rei v. et tr.
l. 3 pr.: **186**[16]

XXII. 1 de usur.
l. 25 § 1: **186**[12]
l. 26: **184**[5] **203**[6]
l. 28: **186**[12]
l. 28 pr.: **186**[5]

XXII. 3 de prob.
l. 28: **113**[9]

XXIII. 5 de fundo dot.
l. 16: **171**[2]

XXIII. 1 de spons.
l. 9: **82**[14]

XXIII. 3 de I. D.
l. 9 § 1: **89**[6]

XXIV. 1 de don. i. v. et u.
l. 19 pr.: **176**[6]
l. 63: **188**[16]

XXIV. 3 sol. matr.
l. 7: § 13: **144**[8]

XXVI. 9 quando ex fact. tut.
l. 2: **174**[9]

XXVII. 9 de reb. eor.
l. 1 § 4, l. 2 } **212**[12]

XXVIII. 3 de iniusto
l. 16: **89**[2]

XXVIII. 5 de her. inst.
l. 9 § 2: **76**[5]
l. 69 (68): **93**[4]

XXIX. 2 de A. v. O. H.
l. 30 § 6: **87**[2]

XXIX. 7 de iure cod.
l. 1: **82**[14]

XXX de legat. I[o]
l. 22: **137**[8]
l. 39 § 5: **220**[6]
l. 43 § 2: **93**[5]
l. 44 § 2: **187**[2]
l. 54 § 1. 2: **92**[8]
l. 114 § 14: **172a**[5]

XXXI. de legat. II[o]
l. 3: **93**[5]
l. 16: **156**[1]
l. 20: **169a**[5]
l. 65 § 1: **137**[8]
l. 76 § 2: **200**[3]

XXXII de legat. III[o].
l. 11 § 5: **93**[4]
l. 16: **188**[2]
l. 38 pr.: **172a**[5]

XXXIII. 1 de annuis
l. 20 pr.: **92**[8]

XXXIII. 2 de usu et usufr.
l. 1: **206**[15]
l. 2: **208**[8]
l. 24: **204**[7]

XXXIV. 1 de alim.
l. 13 § 1: **92**[8]
l. 14 § 3: **202**[2]
l. 18 § 1. 2, l. 20 § 3 } **92**[8]

XXXV. 1 de cond.
l. 19 § 1: **87**[8]
l. 24: **92**[6. 10]
l. 41: **89**[10]
l. 52: **93**[4]
l. 72 § 4: **92**[8]
l. 84: **92**[8]

XXXVI. 1 ad SC. Treb.
l. 1 § 15: **58**[4]
l. 10: **96**[5]
l. 59 pr.: **112**[5]
l. 61 [59] pr.: **249**[4]

XXXVII. 1 de B. P.
l. 1. 2. 3: **42**[3]

XXXVIII. 10 de grad.
l. 10 § 13: **156**[1]

XXXVIII. 15 quis ordo
l. 2: **104**[7]
XXXIX. 1 de O. N. N.
l. 5 § 9: **209**[2]
l. 5 § 10: **198**[16]
l. 15: **198**[16]
XXXIX. 2 de damn. inf.
l. 45: **198**[16]
XXXIX. 3 de aqua et aquae
l. 2 § 10: **211a**[11]
l. 1 § 17: **169**[11]
XXXIX. 5 de don.
l. 13: **155**[7]
l. 28: **98**[3 a. E.]
XXXIX. 6 de mort. c. don.
l. 30: **174**[9]
XL. 1 de manum.
l. 1: **103**[12]
XL. 5 de fideic. lib.
l. 7: **92**[9]
XL. 7 de statulib.
l. 4 § 1: **94**[8]
l. 39 § 4: **92**[8]
XLI. 1 de A. R. D.
l. 7 § 7: **187**[2]
l. 7 § 11: **175a**[2] **182**[13]
l. 9 § 6: **153**[7 a. E.]
l. 11: **153**[10]
l. 13 pr.: **155**[6]
l. 20 § 2: **155**[6]
l. 24: **187**[2]
l. 31 pr.: **171**[5]
l. 37 § 6: **155**[7]
l. 40: **186**[12]
l. 48 pr.: **182**[11]
l. 53: **73**[14. 16]
l. 59: **155**[6]
XLI. 2 de A. v. A. P.
l. 1 § 21: **153**[7]
l. 3 § 5: **154**[5]
l. 3 § 18: **157**[6]
l. 13 § 3: **181**[9]
l. 13 § 7: **154**[5]
l. 13 § 5: **181**[9]
l. 13 § 6. 10—12: **181**[10]
l. 25 § 2: **160**[6]
l. 32 § 2: **155**[13]
l. 34 pr.: **76a**[4. 5]
l. 34 § 1: **73**[21] **155**[10]
l. 39: **154**[6]
l. 42 § 1: **155**[6. 9]
l. 47: **157**[6]
XLI. 3 de usurp.
l. 4 § 7: **182**[10]
l. 4 § 19: **186**[12. 14]
l. 4 § 20: **187**[3]
l. 7: **103**[12. 15]
l. 10 § 1: **213**[1]
l. 10 § 2: **144**[2. 4] **182**[6]
l. 13 § 2: **176**[7]
l. 23 pr.: **152**[6 a. E.]
l. 26: **223**[14]
l. 30 pr.: **138**[1. 3]
l. 30 § 1: **152**[6]
l. 32 § 1: **177**[9]
l. 32 § 2: **152**[12]
l. 42: **172a**[3]
l. 44 § 2: **144**[4]
l. 44 § 4: **175a**[1] **176**[6]
XLI. 4 pro emt.
l. 2 § 8: **178**[7]
l. 2 § 16: **199**[5]
l. 6 § 1: **176**[3]
XLI. 6 pro donato
l. 1 § 2: **176**[6]
XLI. 7 pro derel.
l. 2 pr.: **184**[1]
l. 3: **169a**[5]
l. 5 pr.: **176**[6]
XLII. 1 de re iud.
l. 15 § 5: **241**[5]
l. 15 § 10: **239**[9]
l. 63: **132**[2]
XLIII. 8 ne quid in loco publ.
l. 2 § 29: **169**[20]
XLIII. 16 unde vi
l. 8 § 7: **160**[17]
l. 12, l. 18 pr.: **157**[6]
XLIII. 17 uti poss.
l. 3 § 7: **154**[7] **223**[2]

XLIII. 18 de superficiebus
l. 1 § 6: **223**[7]
XLIII. 19 de itin.
l. 1 § 11: **163**[8]
l. 3 § 4: **163**[9]
l. 7: **163**[6]
XLIII. 26 de prec.
l. 6 § 3 i. f.: **182**[10]
l. 15 § 4: **154**[5]
XLIII. 27 de arb. caed.
l. 1 § 5: **169a**[4d]
XLIII. 33 de Salv. int.
l. 1 pr.: **226a**[11] **236**[5]
l. 1 § 1: **236**[5]
XLIV. 1 de exc.
l. 7 § 1: **120**[2]
XLIV. 2 de exc. rei iud.
l. 5: **130**[2]
l. 7 pr.: **130**[14]
l. 7 § 2: **130**[10–12]
l. 7 § 3: **130**[16] **144**[1]
l. 11 § 2: **130**[6]
l. 14 § 2: **130**[4. 6]
l. 21 § 1: **137**[6]
l. 21 § 2: **130**[14]
l. 24: **130**[17]
l. 30: **130**[14]
l. 30 § 1: **248**[25. 26]
XLIV. 3 de div. temp. praescr.
l. 14 pr.: **181**[10]
l. 14 § 1: **181**[5]
l. 14 § 2. 4. 5: **181**[10]
XLIV. 4 de doli exc.
l. 4 § 12: **215**[11]
XLV. 1 de V. O.
l. 1 § 2: **82**[14]
l. 17: **89**[15]
l. 46 § 2: **93**[4]
l. 91 § 3: **28**[5]
l. 101: **71**[8]
l. 110 § 1: **84**[11]
l. 135 § 2: **155**[6]
XLVI. 1 de fidei.
l. 37: **112**[5]
XLVI. 2 de nov.
l. 30: **233b**[2]
XLVI. 3 de solut.
l. 36: **87**[2]
l. 71 § 2: **74**[7]
XLVI. 4 de accept.
l. 13 § 3: **202**[1]
XLVII. 2 de furt.
l. 26 § 1: **186**[6]
l. 43 § 1: **155**[7]
l. 48 § 5. 6: **186**[14]
l. 52 § 14: **187**[3]
XLVII. 3 de tigno iuncto
l. 1, l. 2 } **188**[16]
XLVII. 22 de colleg.
l. 3 pr.: **62**[2]
XLVIII. 7 ad leg. Iul. de vi priv.
l. 7: **123**[1]
XLIX. 4 quando app.
l. 1 § 5. 6. 12: **103**[12]
XLIX. 14 de I. F.
l. 10: **58**[2]
l. 28: **246**[2]
XLIX. 15 de capt.
l. 12 § 8: **186**[14]
L. 16 de V. S.
l. 49: **42**[3]
l. 132 pr.: **103**[12]
L. 17 de R. I.
l. 48: **71**[5]
l. 77: **95**[2]
l. 101: **103**[12. 20]
l. 153: **156**[1]
l. 161: **92**[10]
l. 176 pr.: **123**[1]

Codex.

I. 2 de ss. eccl.
l. 23: **171**[2]
II. 19 [20] de his quae vi
l. 3: **118**[3]
II. 27 [28] si adv. vend.
l. 1: **83a**[4]
II. 28 [29] si adv. vend. pign.
l. 1: **117**[6]

II. 29 [30] si adv. don.
l. 1: **115**[6]
II. 36 [37] si adv. fisc.
l. 1: **115**[6]
II. 40 [41] in quib. caus. i. i. r.
l. 5: **182**[11]
III. 32 de R. V.
l. 8: **174**[8. 9]
III. 33 de usufr.
l. 14: **215**[7]
l. 16 § 1: **216**[2]
III. 34 de serv.
l. 2: **213**[7]
l. 13: **216**[2]
IV. 39 de H. v. A. V.
l. 7: **239**[9]
IV. 50 si quis alteri
l. 3: **73**[3]
IV. 51 de reb. alien.
l. 4: **117**[6]
l. 7: **172a**[5. 7]
IV. 54 de pact. int. emt.
l. 3: **172a**[7]
IV. 65 de loc.
l. 5: **231**[8]
IV. 66 de iure emphyteutico
l. 2: **222**[7]
V. 3 de don. ante nupt.
l. 15: **174**[9]
V. 12 de I. D.
l. 30: **174**[9]
V. 16 de don. i. v. et u.
l. 25 i. f.: **74**[6] **83**[6. 10]
V. 71 de praed. min.
l. 1: **117**[6]
VI. 43 commun de leg.
l. 3: **121**[8]
VI. 61 de bon. quae lib.
l. 8 § 4 i. f.: **156**[1]
l. 8 § 5: **172a**[1]
VII. 10 de his qui a non dom.
l. 2: **155**[6]
VII. 16 de lib. causa
l. 5: **150**[2]
VII. 26 de usuc. pro emt.
l. 2: **172a**[5]
VII. 31 de usuc. transform.
l. un.: **175**[3]
VII. 32 de acquir. et retinenda poss.
l. 3: **155**[13]
l. 10: **148**[11] **150**[2]
l. 12: **157**[4]
VII. 35 quib. non obic. l. t. praescr.
l. 4: **182**[11]
VII. 39 de praescr. XXX
l. 7 § 5: **108**[3]
l. 8 § 1: **110**[5] **183**[2. 3]
VII. 40 de ann. exc.
l. 2: **213**[4]
VII. 63 de temp. et repar. app.
l. 2: **103**[20]
VIII. 4 unde vi
l. 5: **160**[5]
l. 7: **160**[4]
l. 11: **160**[1] **160**[5]
VIII. 6 uti poss.
l. unic. **159**[3b]
VIII. 9 de prec. et Salv. ed.
l. 1: **236**[5]
VIII. 10 de aed. priv.
l. 12 § 1: **169**[6]
VIII. 13 [14] de pign.
l. 2: **235**[24. 25]
l. 22: **241**[3]
VIII. 17 [18] qui pot.
l. 1: **241**[3]
l. 11: **245**[1]
VIII. 18 [19] de his qui in prior.
l. 1: **233b**[4]
VIII. 22 [23] si in causa iud.
l. 1: **233**[5]
VIII. 27 [28] de distr. pign.
l. 5: **237**[3]
l. 9: **235**[24]
VIII. 33 [34] de iure dom.
l. 3 pr.: **237**[11]
VIII. 36 [37] de litig.
l. 5: **125**[6]
VIII. 42 [43] de sol.
l. 2: **58**[2a]

VIII. 52 (53) quae sit longa consuetudo.
l. 2: **18**[2]
VIII. 53 (54) de don.
l. 1: **153**[10]
VIII. 54 [55] de don. quae sub modo
l. 1: **174**[9]
XI. 62 de fund. patr.
l. 14: **107**[5]

Nov. 18 c. 10: **197**[1]

Auth. Item possessor Cod. 8. 17 [18] qui potiores: **197**[1]
Paul. sent. I. 9 § 8: **117**[6]
II. 5 § 2: **226a**[10]
III. 6 § 22: **184**[5]
III. 6 § 24: **202**[1]
V. 2 § 2: **155**[9]
c. 66 de R. I. in VI°: **92**[5]
Gai. IV. 114: **128**[2]
Gell. Noct. Att. III. 2: **103**[12. 15]

Druck- und Schreibfehler im erſten Bande.

Seite 48 Note 3 Z. 7 v. u. l. VII S. 235 ſt. VII S. 67.
„ 91 Note 3 Z. 1 v. u. l. 110 ſt. 210.
„ 152 Z. 17 v. u. iſt hinter „obervormundſchaftliche" das Wort „Behörde" ausgefallen.
„ 155 Note 3 Z. 11 v. u. l. XXXIV ſt. XXIV.
„ 169 Note 10 Z. 2 v. o. l. XIV ſt. XXIV.
„ 203 Note 2 Z. 13 v. o. l. den ſt. der.
„ 211 Note 21 Z. 6 v. o. iſt „den" zu ſtreichen.
„ 230 Note 8 Z. 3 v. o. l. 117 ſt. 217.
„ 305 Note 2 Z. 6 v. u. l. 340—347 ſt. 430—437.
„ 332 Note 12 Z. 16 v. o. l. 41 ſt. 44.
„ 389 Note 3 Z. 10 v. u. l. § 297 ſt. S. 297.
„ 399 Note 4a Z. 8 v. u. l. 18 ſt. 8.
„ 409 Note 8 Z. 2 v. u. l. Gruchot's ſt. Grünhut's.
„ 415 Note 4 Z. 3 v. o. l. 1885 ſt. 1855.
„ 419 Note 3 Z. 1 v. o. l. Urtheilsanſpruch ſt. Urtheilsſpruch.
„ 431 Note 23a Z. 2 v. u. l. Regelsberger ſt. Hölder.
„ 500 Note 7 Z. 6 v. u. l. § 6 ſt. §.
„ 538 Note 17 Z. 8 v. u. l. daß ſt. das.
„ 539 Note 2 Z. 1 v. u. l. 6 ſt. 4.
„ 593 Note 22 Z. 1 v. o. l. constitutum ſt. constitum.
„ 596 Note 3b Z. 2 v. o. l. 480 ſt. 428.
„ 602 Z. 3 v. o. l. 175 ſt. 152.
„ 630 Note 2 Z. 4 v. u. l. XXIX ſt. XXXIX.
„ 650 Note 4a Z. 1 v. o. l. 25 ſt. 3.
„ 726 Z. 17 v. u. l. 554 ſt. 544.
„ 804 Note 1 Z. 8 v. o. l. 367 ſt. 267.
„ 808 Note 11 Z. 2 v. o. l. C. ſt. D.
„ 809 Note 11 Z. 5. 6. v. o. l. Rechtsnorm ſt. Normenſchutz.
„ 863 Note 9 Z. 4 v. u. l. VIII ſt. XII.
„ 863 Note 9 Z. 4 v. u. l. XL ſt. XI.

Druck von Bär & Hermann in Leipzig.

K Windscheid B .
.W766
v. 1

12126

K
.W766
v. 1